

**UNIVERSIDAD DE VALENCIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL



**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

**DE HECHO POR EL DÉFICIT CONCURSAL**

**Estudio comparado del Derecho español, uruguayo y argentino**

**Tesis doctoral presentada por:**

*D. Carlos E. López Rodríguez*

**Director de Tesis:**

*Prof. Dr. Antonio Sotillo Martí*

**Profesor Titular de la Universidad de Valencia**

**Valencia, 2014**

*«Non, vous dis-je, on devrait châtier, sans pitié,  
ce commerce honteux de semblants d'amitié.  
Je veux que l'on soit homme, et qu'en toute rencontre  
le fond de notre cœur dans nos discours se montre,  
que ce soit lui qui parle, et que nos sentiments  
ne se masquent jamais sous de vains compliments (...)  
au travers de son masque on voit à plein le traître;  
partout il est connu pour tout ce qu'il peut être;  
et ses roulements d'yeux et son ton radouci  
n'imposent qu'à des gens qui ne sont point d'ici.»<sup>1</sup>*

Le misanthrope ou l'atrabilaire amoureux,

J.B.P. Molière, 1666

---

<sup>1</sup> Quiero que seamos hombres, y que en toda circunstancia aparezca en nuestras palabras el fondo de nuestro corazón, que sea él quien hable y que nunca se disfracen nuestros sentimientos bajo cumplidos vanos... a través de su máscara se ve al traidor plenamente; es conocido como lo que es en todas partes; sus caídas de ojos y su tono dulzón no engañan más que a los que no son de aquí...

## ÍNDICE

<b>Abreviaturas .....</b>	<b>XXXIV</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>Metodología.....</b>	<b>6</b>
1. Fuentes de investigación .....	6
2. Exposición de la información relevada .....	7
3. Análisis comparado.....	7
4. Estructura .....	8
<b>PRIMERA PARTE: ADMINISTRADORES DE HECHO COMO RESPONSABLES CONCURSALES.....</b>	<b>9</b>
<i>Capítulo primero: La administración de hecho y la administración de derecho</i>	<i>12</i>
<b>I. La función de administración societaria en sentido amplio .....</b>	<b>13</b>
<i>A. Administración en sentido estricto .....</i>	<i>13</i>
1. Gobierno institucional .....	14
2. Gestión social .....	14
<i>a. Concepto de gestión.....</i>	<i>16</i>
<i>b. Gestión extraordinaria.....</i>	<i>17</i>
<i>B. Representación .....</i>	<i>18</i>
1. Extensión de las facultades de representación .....	19
2. Legitimación para solicitar la declaración de concurso .....	21
<i>a. Legislación española .....</i>	<i>21</i>
<i>b. Legislación uruguaya.....</i>	<i>22</i>
<i>c. Legislación argentina.....</i>	<i>24</i>
<i>C. Funciones relacionadas con la responsabilidad de los administradores por el     déficit concursal .....</i>	<i>26</i>
1. Convocatoria de la junta de accionistas para resolver la disolución y deber de solicitar la disolución judicial .....	26

a. <i>Causales legales de disolución</i> .....	26
b. <i>Plazo para solicitar la disolución</i> .....	29
c. <i>La solicitud de disolución como carga de los administradores</i> .....	29
2. <i>Convocatoria de la junta para resolver la promoción del concurso y deber de solicitar el concurso de la sociedad administrada</i> .....	30
a. <i>La convocatoria a junta y el deber de solicitar el concurso como carga individual de los administradores</i> .....	31
b. <i>Plazo para solicitar el concurso</i> .....	36
<b>II. Aspectos que distinguen al administrador de derecho del administrador de hecho</b> .....	<b>37</b>
A. <i>El administrador de derecho como integrante formal del órgano de administración</i> .....	37
B. <i>Falta de integración formal y vigente del órgano de administración como presupuesto de la administración de hecho</i> .....	39
<b>III. Asimilación del administrador de hecho al administrador de derecho.</b>	<b>39</b>
A. <i>Régimen aplicable a los administradores de hecho en caso de inexistencia de disposiciones expresas que admitan su asimilación a los administradores de derecho</i> .....	40
1. <i>El administrador de hecho como tercero</i> .....	40
2. <i>Legislación aplicable a los administradores de sociedades</i> .....	41
B. <i>Consecuencias de la sujeción de los administradores de hecho al estatuto de los administradores de derecho</i> .....	44
1. <i>Reconocimiento de la eficacia de los actos realizados por el administrador de hecho</i>	44
2. <i>Responsabilidad</i> .....	44
C. <i>Responsabilidad de los administradores de hecho en caso de insolvencia de la sociedad</i> .....	46
1. <i>Extensión del deber de convocar a asamblea y solicitar judicialmente la disolución a los administradores de hecho</i> .....	47

2. Extensión del deber de solicitar el concurso de la sociedad a los administradores de hecho .....	48
Nuestra opinión.....	49

**Capítulo segundo: El concepto de administrador de hecho en la legislación, doctrina y jurisprudencia .....** 51

**I. El administrador de hecho en la legislación .....** 53

<i>A. Legislación penal.....</i>	54
1. Legislación española.....	54
2. Legislación uruguaya .....	56
3. Legislación argentina.....	58
<i>B. Legislación tributaria .....</i>	60
1. Legislación española.....	60
2. Legislación uruguaya .....	60
3. Legislación argentina.....	61
<i>C. Legislación medioambiental.....</i>	63
1. Legislación española.....	63
<i>a. El administrador de hecho como operador .....</i>	63
<i>b. Responsabilidad subsidiaria de administradores y gestores, de hecho y de derecho</i>	63
2. Legislación uruguaya .....	64
3. Legislación argentina.....	65
<i>D. Legislación mercantil.....</i>	65
1. Código de Comercio .....	65
2. Legislación de disciplina e intervención de entidades de crédito.....	67
3. Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados .....	68
4. Legislación del mercado de valores .....	70
5. Legislación de defensa de la competencia .....	72
6. Legislación de sociedades mercantiles.....	74
<i>a. Legislación española .....</i>	74

<i>b. Legislación uruguaya</i> .....	77
<i>c. Legislación argentina</i> .....	77
7. Legislación concursal .....	79
<i>a. Legislación española</i> .....	79
<i>b. Legislación uruguaya</i> .....	82
<i>c. Legislación argentina</i> .....	84
<b>II. El administrador de hecho en la doctrina</b> .....	<b>84</b>
<i>A. Doctrina jurídica penal</i> .....	84
1. Concepto amplio .....	85
2. Responsabilidad del administrador de derecho en caso de que exista un administrador de hecho.....	87
<i>B. Doctrina jurídica mercantil</i> .....	88
1. Concepto original: el administrador de hecho como administrador con mandato caducado o nombramiento defectuoso .....	88
2. Concepto clásico: el administrador de hecho como aquel que de hecho ejerce la función de administración.....	90
<i>a. Ejercicio de la función de administración</i> .....	92
<i>b. Poder autónomo de decisión</i> .....	95
<i>c. Consentimiento de los socios</i> .....	96
3. Concepto ampliado: el administrador de hecho como aquel que indirectamente administra .....	97
<b>III. El administrador de hecho en la jurisprudencia y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros</b> .....	<b>99</b>
<i>A. Jurisprudencia española</i> .....	99
1. Concepto de administrador de hecho .....	99
<i>a. El administrador de hecho como administrador con nombramiento caducado</i> .....	99
<i>b. El administrador de hecho como aquel que efectivamente ejerce la gestión social</i>	101
2. Elementos de la motivación atributiva de la condición de «administrador de hecho»	105

a. Ausencia de una designación .....	105
b. Ejercicio de la función de administración .....	106
c. Autonomía o falta de subordinación .....	107
d. Habitualidad .....	108
3. Prueba .....	109
<b>B. Jurisprudencia uruguaya .....</b>	<b>109</b>
1. Jurisprudencia anterior a la LC .....	109
2. Jurisprudencia posterior a la LC .....	110
<b>C. Jurisprudencia argentina.....</b>	<b>112</b>
<b>IV. Diferencia con la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica .....</b>	<b>114</b>
<b>A. Derecho español .....</b>	<b>115</b>
1. Doctrina .....	116
2. Jurisprudencia .....	117
<b>B. Derecho uruguayo .....</b>	<b>121</b>
1. Interpretación de las normas que habilitan el levantamiento del velo de la persona jurídica .....	122
2. Supuestos en que procede el levantamiento del velo de la persona jurídica .....	123
3. Prueba .....	126
4. Procedimiento .....	128
5. Efectos .....	129
6. Compatibilidad con acciones de responsabilidad contra los administradores .....	130
<b>C. Derecho argentino .....</b>	<b>131</b>
1. Fundamentación de la acción de inoponibilidad en la doctrina argentina .....	131
2. Supuestos en que procede la acción de inoponibilidad de la personería jurídica .....	132
3. Criterios para la determinación de la procedencia de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica .....	134
4. Compatibilidad con acciones de responsabilidad contra los administradores .....	135

<b>V. El administrador de hecho en otros ordenamientos jurídicos.....</b>	<b>136</b>
<i>A. Alemania</i> .....	136
1. Jurisprudencia.....	136
2. Legislación.....	137
<i>B. Francia</i> .....	138
1. Legislación.....	139
2. Doctrina .....	141
3. Jurisprudencia.....	142
<i>C. Italia</i> .....	143
1. Doctrina .....	144
2. Jurisprudencia penal.....	149
3. Jurisprudencia civil .....	150
<i>D. Portugal</i> .....	152
1. Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência .....	152
2. Código da Insolvência e Recuperação das Empresas .....	152
3. Ley 16 de 20 de abril de 2012 .....	153
<i>E. Reino Unido</i> .....	153
1. Distinción conceptual entre el <i>de facto director</i> y el <i>shadow director</i> .....	154
<i>a. De facto director</i> .....	154
<i>b. Shadow director</i> .....	155
2. Wrongful trading.....	158
3. Responsabilidad del shadow director.....	160
<b>Capítulo tercero: Tipología de la realidad de la administración de hecho ....</b>	<b>161</b>
<b>I. Administrador aparente o notorio .....</b>	<b>162</b>
<i>A. Administradores cesantes</i> .....	163
<i>B. Administrador con nombramiento nulo o irregular</i> .....	164

C. Administrador con cargo caducado .....	165
<b>II. Administrador oculto .....</b>	<b>167</b>
A. El apoderado general como administrador oculto .....	169
B. El administrador dimisionario como administrador oculto .....	171
C. El representante de una persona jurídica administradora como administrador oculto.....	173
1. Régimen general de responsabilidad .....	173
2. Régimen aplicable al caso en que la personalidad jurídica sea una mera apariencia .	175
3. Jurisprudencia .....	176
<b>III. Administrador indirecto .....</b>	<b>177</b>
A. La entidad dominante de un grupo como administrador indirecto .....	178
1. Concepto de grupo .....	180
a. Legislación .....	180
b. Doctrina .....	183
c. Jurisprudencia.....	184
2. Atribución de responsabilidad a la entidad dominante del grupo .....	185
a. Legislación .....	185
b. Doctrina .....	188
c. Jurisprudencia.....	190
3. La «substantive consolidation» en el Derecho norteamericano .....	193
B. El socio único como administrador indirecto .....	195
1. Legislación, doctrina y jurisprudencia española .....	195
2. Legislación societaria uruguaya .....	196
a. Sociedades anónimas unipersonales .....	197
b. Responsabilidad del accionista único como administrador de hecho en el Derecho uruguayo .....	199
3. Legislación argentina.....	200
C. El Estado y las Administraciones Públicas como administradores indirectos..	200

<i>D. Administración indirecta en función de la existencia de especiales vínculos contractuales</i> .....	203
1. Management agreements .....	203
2. Contratos de distribución .....	204
3. Contratos de crédito .....	206
<b>Capítulo cuarto: Otros sujetos sometidos a responsabilidad concursal.....</b>	<b>208</b>
<b>I. Liquidadores .....</b>	<b>208</b>
A. La liquidación.....	208
B. El liquidador de derecho .....	209
C. El liquidador de hecho .....	211
<b>II. Apoderado general .....</b>	<b>213</b>
A. Concepto de apoderado general .....	213
B. Régimen de actuación y responsabilidad .....	214
1. Régimen general .....	214
2. Regímenes especiales .....	215
C. Apoderamiento general y administración .....	216
1. Apoderado general y administrador de derecho .....	216
2. Distinción respecto al administrador de hecho .....	217
D. Distinción con el factor, el gerente general y el alto directivo .....	219
1. El factor .....	219
a. Concepto de factor .....	219
b. El factor como apoderado general .....	221
3. El gerente general .....	222
a. Concepto de gerente general .....	222
b. El gerente general como administrador de hecho .....	224
c. Criterios de para la exclusión de responsabilidad de los gerentes generales como administradores de hecho .....	227

3. Altos directivos o ejecutivos como administradores de hecho .....	228
<i>E. Jurisprudencia</i> .....	231
1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	231
2. Jurisprudencia más representativa de las Audiencias Provinciales .....	233
3. Jurisprudencia reciente de los Juzgados en lo Mercantil .....	235
<i>F. Consideración crítica de la extensión de la responsabilidad por el déficit concursal a los apoderados generales</i> .....	236
1. Doctrina contraria a la extensión de la responsabilidad incorporada por la Ley 38/2011 .....	236
2. Fundamentación de la reforma .....	238
<b>III. Cómplices</b> .....	<b>241</b>
<i>A. Concepto de cómplice</i> .....	241
1. El cómplice como sujeto que ha cooperado con la realización de actos que produjeron o agravaron la insolvencia .....	241
2. Cómplice concursal y cómplice penal .....	242
3. Cómplice persona jurídica .....	242
<i>B. Ejemplos de cómplices</i> .....	243
<i>C. El grupo como cómplice</i> .....	244
<i>D. Consecuencias de la categorización como cómplice</i> .....	245
<b>IV. Socios</b> .....	<b>245</b>
<i>A. Socios que se negaren a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles</i> .....	245
<i>B. Socio oculto</i> .....	246
1. Concepto .....	246
<i>a. Doctrina del empresario oculto</i> .....	246
<i>b. Doctrina del maître de l'affaire</i> .....	248
<i>c. Doctrina española y argentina</i> .....	250
2. Jurisprudencia .....	252
3. Distinción de figuras afines .....	254

<i>a. Socio accidental o en participación</i> .....	254
<i>b. Socio del socio</i> .....	256
<i>c. Socio aparente</i> .....	256
<i>d. Reputed ownership</i> .....	257
4. Prueba de la calidad de socio oculto .....	258
5. El socio oculto en la legislación uruguaya .....	259
<i>a. Legislación societaria</i> .....	259
<i>b. Legislación bursátil</i> .....	259
6. El socio oculto en la legislación argentina.....	261
<b>SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL.....</b>	<b>263</b>
<i>Capítulo Primero: Fundamento de la responsabilidad por el déficit</i> .....	<i>266</i>
<b>I. Intereses tutelados</b> .....	<b>267</b>
<i>A. Tutela de intereses individuales y generales</i> .....	267
<i>B. Tutela de los acreedores</i> .....	267
<i>C. Tutela del interés público y del interés general</i> .....	269
<b>II. Distribución del riesgo de insolvencia</b> .....	<b>270</b>
<i>A. Imputación del daño producido por la insolvencia y pars conditio creditorum</i> 270	
<i>B. La responsabilidad por el déficit concursal como sistema para la atribución de costes</i> .....	270
<b>III. La responsabilidad concursal como estímulo a la iniciación temprana del proceso concursal</b> .....	<b>271</b>
<i>A. Estímulo al deudor</i> .....	272
<i>B. Estímulo a los acreedores</i> .....	273
<i>Capítulo segundo: Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores en general y por el déficit concursal</i> .....	<i>276</i>

<b>I. Responsabilidad contractual o extracontractual .....</b>	<b>277</b>
<i>A. Criterios de distinción entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual.....</i>	<i>277</i>
1. Doctrina .....	277
2. Jurisprudencia .....	281
<i>B. Régimen contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los administradores .....</i>	<i>282</i>
1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad .....	283
<i>a. Doctrina contractualista .....</i>	<i>283</i>
<i>b. Doctrina extracontractualista .....</i>	<i>284</i>
<i>c. Doctrina ecléctica .....</i>	<i>284</i>
2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a los socios .....	285
<i>a. Doctrina contractualista .....</i>	<i>285</i>
<i>b. Doctrina extracontractualista .....</i>	<i>285</i>
3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a terceros .....	286
<i>a. Doctrina contractualista .....</i>	<i>286</i>
<i>b. Doctrina extracontractualista .....</i>	<i>288</i>
<i>c. Doctrinas eclécticas.....</i>	<i>290</i>
4. Doctrina que niega que la responsabilidad de los administradores pueda ser categorizada como contractual o extracontractual.....	291
5. Naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal .....	292
<i>a. Doctrina y jurisprudencia .....</i>	<i>292</i>
<i>b. Nuestra opinión.....</i>	<i>292</i>
6. Naturaleza de la responsabilidad de los administradores de hecho.....	293
<i>C. Sobre la relevancia de la cuestión.....</i>	<i>293</i>
1. Relevancia en el Derecho español .....	293
2. Relevancia en el Derecho uruguayo .....	297
3. Relevancia en el Derecho argentino.....	298

<i>Nuestra posición</i> .....	300
1. Precisiones previas .....	300
2. Opinión .....	301
3. Corolarios .....	302
<b>II. Responsabilidad subjetiva u objetiva</b> .....	<b>304</b>
<i>A. Posición que considera que la responsabilidad por el déficit concursal es</i> <i>objetiva</i> .....	305
1. Doctrina .....	305
2. Jurisprudencia.....	305
<i>B. Posición que considera que la responsabilidad por el déficit concursal es</i> <i>subjetiva</i> .....	306
1. Doctrina .....	306
2. Jurisprudencia.....	308
<i>C. Tendencia de la legislación y la jurisprudencia hacia la responsabilidad objetiva</i>	309
1. Legislación española .....	309
<i>a. Legislación sobre responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor....</i>	310
<i>b. Legislación sobre navegación aérea.....</i>	310
<i>c. Legislación sobre energía nuclear .....</i>	311
<i>d. Legislación de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y</i> <i>familiar, y a la propia imagen.....</i>	311
<i>e. Legislación para la defensa del consumidor.....</i>	311
<i>f. Legislación sobre contratación del sector público .....</i>	312
2. Jurisprudencia del TS .....	313
<i>a. Jurisprudencia general del TS .....</i>	313
<i>b. Jurisprudencia del TS respecto al carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad</i> <i>por el déficit concursal .....</i>	315
3. Jurisprudencia de las AP .....	315
<i>Nuestra posición</i> .....	315

**Capítulo tercero: Función de la responsabilidad por el déficit concursal..... 319**

**I. Función punitiva o sancionatoria ..... 321**

A. *Concepto de sanción civil* ..... 323

B. *Fundamentación de la postura* ..... 326

1. Interpretación histórica ..... 326

2. Interpretación literal ..... 328

3. Interpretación lógico-sistemática ..... 328

c. *Redundancia con el art. 236 LSC* ..... 330

d. *No exigencia de la acreditación del nexo causal en cuanto al embargo cautelar* ... 332

4. Interpretación teleológica ..... 332

a. *Reprochabilidad de ciertas conductas intrínsecamente graves* ..... 332

b. *Prueba de la culpa y el nexo causal* ..... 334

5. Interpretación basada en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad por el déficit ..... 335

a. *Exigencia de un grado cualificado de culpa* ..... 336

b. *Daño* ..... 337

C. *Refutación de la atribución de una función sancionatoria* ..... 338

1. Inexistencia de indemnizaciones punitivas en la legislación española ..... 338

2. Compatibilidad entre el art. 172.2-3º y del art. 172 bis de la LCE ..... 339

3. Irretroactividad de las sanciones ..... 340

**II. Función indemnizatoria ..... 340**

A. *Fundamentación de la postura* ..... 342

1. Doctrina anterior a la Ley 38/2011 ..... 342

a. *Interpretación histórica* ..... 342

b. *Interpretación literal* ..... 343

c. *Interpretación lógico-sistemática* ..... 345

2. Doctrina posterior a la Ley 38/2011 ..... 346

3. Jurisprudencia ..... 348

a. SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2006 .....	348
b. Jurisprudencia del STS .....	349
c. SAP de Madrid de 9 de marzo de 2012.....	354
d. SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012 .....	354
<b>B. Argumentación contraria .....</b>	<b>355</b>
1. Ambivalencia de la exigencia de que exista déficit como presupuesto de la responsabilidad.....	355
2. Ausencia de legitimación de la sociedad y los acreedores para solicitar la condenación	356
3. Ejemplos de <i>punitive damages</i> .....	356
4. Responsabilidad por el déficit y nexo causal .....	358
<b>III. Función de garantía .....</b>	<b>359</b>
A. <i>La función de garantía como consecuencia del cambio del modelo concursal y     del modelo de responsabilidad civil</i> .....	359
1. Cambio del modelo concursal.....	359
2. Cambio del modelo de responsabilidad civil .....	362
B. <i>La responsabilidad por el déficit concursal como responsabilidad por deudas</i>	364
1. Legislación que atribuye responsabilidad a los administradores de hecho como garantía o mecanismo de distribución de riesgos.....	364
2. Doctrina que le atribuye a la responsabilidad por el déficit una función de garantía o de responsabilidad por deudas .....	366
3. Jurisprudencia que reconoce a la responsabilidad por el déficit como una responsabilidad por deudas o ex lege .....	367
a. <i>Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo Mercantil</i> .....	369
b. <i>Jurisprudencia del TS del 2011 y su interpretación por la SAP de Barcelona 23 de             abril de 2012</i> .....	371
d. <i>Jurisprudencia del TS reciente</i> .....	374
C. <i>Fundamentación de la postura</i> .....	375
1. Argumentación fundada en la interpretación literal del art. 172 bis .....	375

2. Argumentación fundada en la interpretación lógico-sistemática .....	377
<i>D. Argumentación en contrario .....</i>	<i>377</i>
<b>Nuestra posición.....</b>	<b>378</b>
<b>TERCERA PARTE: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL .....</b>	<b>384</b>
<i>Capítulo primero: Presupuestos procesales .....</i>	<i>384</i>
<b>I. Formación de la sección de calificación.....</b>	<b>384</b>
<i>A. Comparación de las legislaciones española y uruguaya .....</i>	<i>385</i>
<i>B. Hipótesis en que procede la formación de la sección de calificación previstas en los arts. 163 y 167 de la LCE .....</i>	<i>386</i>
<i>C. Formación de la sección de calificación sin previa declaración de concurso..</i>	<i>388</i>
<b>II. Apertura de la fase de liquidación .....</b>	<b>389</b>
<i>A. La apertura de la fase de liquidación en caso de la homologación de un convenio en la LCE .....</i>	<i>389</i>
<i>B. La apertura del incidente de calificación en caso de aprobación de convenio en la LC.....</i>	<i>392</i>
<b>III. Propuesta de calificación culpable .....</b>	<b>393</b>
<i>A. Informe de la administración concursal y dictamen del MF .....</i>	<i>393</i>
1. Oportunidad para la presentación del informe de la administración concursal y del dictamen del MF .....	393
2. Contenido del informe y del dictamen .....	394
3. Resolución judicial inmediata a la presentación del informe y del dictamen .....	396
4. Oposición al informe o al dictamen .....	397
5. Naturaleza jurídica del informe y el dictamen .....	397
<i>B. Carácter necesario de la propuesta de calificación o imposición ex officio de la responsabilidad por el déficit.....</i>	<i>398</i>

1. Posición que considera indispensable que la propuesta de calificación contenga una solicitud de condena a la cobertura del déficit .....	398
2. Posición que considera posible la condena ex officio a la cobertura del déficit .....	401
<i>C. Posibilidad de que la calificación y condena sea propuesta por acreedores u otros interesados</i> .....	402
1. Legislación española .....	403
2. Legislación uruguaya.....	407
<i>Nuestra opinión</i> .....	409
1. La propuesta de la administración concursal o del MF no es imprescindible .....	409
2. La propuesta de condena puede provenir de acreedores o interesados que se hayan personado en la sección de calificación concursal .....	410
<b><i>Capítulo segundo: Presupuestos sustanciales de la responsabilidad por el déficit concursal</i></b> .....	<b>412</b>
<b>I. Existencia de déficit</b> .....	<b>412</b>
A. <i>Concepto de déficit</i> .....	412
1. Significado general y comercial .....	412
2. Significado para las ciencias económicas .....	413
B. <i>El déficit en la legislación concursal</i> .....	413
1. Relevancia del cambio de la expresión legal que refiere al objeto de la condena .....	414
2. El déficit concursal como descubierto o insuficiencia del activo .....	415
3. Determinación de la cuantía del déficit .....	415
<b>II. Calificación del concurso como culpable</b> .....	<b>417</b>
A. <i>Cláusula general</i> .....	419
1. Requisitos para la calificación culpable en función de la cláusula general.....	420
a. <i>Estado de insolvencia del deudor</i> .....	420
b. <i>Generación o agravamiento de la insolvencia</i> .....	431
c. <i>Imputabilidad y nexo causal</i> .....	433

<i>d. Dolo o culpa grave</i> .....	434
2. Casuística .....	436
<i>B. Presunciones relativas</i> .....	438
1. Dificultades en la interpretación de las normas que establecen las presunciones relativas .....	438
2. Análisis individual de las presunciones relativas de culpabilidad .....	443
<i>a. Omisión de solicitar la declaración del concurso</i> .....	443
<i>b. Incumplimiento del deber de colaboración e incomparecencia a la junta de acreedores</i> .....	449
<i>c. Incumplimientos relacionados con la llevanza de la contabilidad</i> .....	450
<i>d. Negativa a capitalizar créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación</i> .....	453
3. Exigibilidad de la acreditación del nexo causal cuando se verifica una presunción relativa de culpabilidad .....	454
<i>C. Supuestos legales de culpabilidad</i> .....	457
1. Análisis individual de los supuestos de culpabilidad .....	458
<i>a. Supuestos vinculados con incumplimientos, irregularidades o falsedad en la contabilidad</i> .....	458
<i>b. Supuestos vinculados a la inexactitud o falsedad de los documentos presentados por el deudor en el concurso</i> .....	470
<i>c. Supuestos relacionados con la sustracción o salida de bienes que debieran haber integrado la masa activa</i> .....	473
<i>d. Incumplimiento del convenio</i> .....	478
<i>e. Infracapitalización</i> .....	479
2. Naturaleza de los supuestos legales de culpabilidad .....	482
<i>a. Los supuestos legales de culpabilidad como presunciones absolutas</i> .....	483
<i>b. Los supuestos legales de culpabilidad como conductas típicas o tipos de simple actividad</i> .....	485
<i>c. Los supuestos legales de culpabilidad en la legislación y doctrina uruguayas</i> .....	489
3. Los supuestos de culpabilidad y la carga de la prueba .....	490

<i>D. Nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia o valoración del comportamiento en relación con la actuación que determinó la calificación culpable</i> .....	493
1. Posición que considera que para condenar a la cobertura del déficit debe acreditarse el nexo causal entre la acción u omisión del imputado y la generación o agravamiento del daño .....	494
2. Posición que considera innecesario condicionar la condena por el déficit a la concurrencia de nexo causal con la insolvencia .....	495
3. Jurisprudencia.....	497
<i>a. Jurisprudencia española</i> .....	497
<i>b. Jurisprudencia uruguaya</i> .....	499

**CUARTA PARTE: CONDENA AL PAGO DEL DÉFICIT EN LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN ..... 499**

***Capítulo primero: La sentencia de calificación*..... 499**

**I. Contenido de la sentencia ..... 500**

<i>A. Declaración del concurso como fortuito o culpable</i> .....	500
<i>B. Determinación de las personas afectadas y los cómplices del concurso culpable</i> .....	501
1. Alcance de la expresión « <i>personas afectadas por la calificación</i> » .....	501
2. Criterios para la imputación de la condición de persona afectada por la calificación.....	502
<i>a. Delimitación de lo objetivamente imputable</i> .....	502
<i>b. Delimitación subjetiva</i> .....	505
<i>c. Delimitación temporal</i> .....	506
3. Cómplices .....	506
<i>C. Inhabilitación</i> .....	507
1. Alcance objetivo .....	508
2. Alcance temporal .....	508
3. Alcance subjetivo.....	512

4. Inhabilitaciones dispuestas por otras normas.....	513
5. La inhabilitación como prohibición y sus consecuencias .....	516
<i>D. Condenas de contenido patrimonial.....</i>	<i>518</i>
1. Pérdida de derechos .....	518
2. Condena a la devolución de bienes o derechos .....	519
3. Condena a indemnizar de los daños causados .....	520
4. Condena a la cobertura del déficit concursal .....	522
<b>II. Recursos .....</b>	<b>522</b>
<i>A. Recurso de apelación .....</i>	<i>522</i>
<i>B. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal .....</i>	<i>523</i>
<b>Capítulo segundo: Condena a la cobertura del déficit patrimonial.....</b>	<b>525</b>
<b>I. Sobre el carácter preceptivo o discrecional de la condena por el déficit concursal.....</b>	<b>525</b>
<i>A. Posición que atribuye carácter facultativo de la condena a la cobertura del déficit.....</i>	<i>525</i>
1. Jurisprudencia española .....	526
2. Jurisprudencia uruguaya .....	527
<i>B. Posición que atribuye carácter preceptivo de la condena a la cobertura del déficit.....</i>	<i>528</i>
<i>Nuestra posición .....</i>	<i>530</i>
<b>II. Alcance de la condena por el déficit .....</b>	<b>533</b>
<i>A. Alcance objetivo según los créditos incluidos en la apreciación del déficit ....</i>	<i>533</i>
1. Punto de vista restrictivo .....	533
2. Punto de vista amplio.....	533
<i>B. Alcance subjetivo según las personas a las que puede afectar la condena .....</i>	<i>534</i>
1. Discrecionalidad en la determinación del alcance subjetivo de la condena .....	535

2. Carácter subsidiario, solidario o mancomunado de la responsabilidad por el déficit concursal.....	536
<i>a. Subsidiariedad con respecto a la sociedad .....</i>	<i>536</i>
<i>b. Sobre la solidaridad o la mancomunidad entre los afectados por la calificación ..</i>	<i>537</i>
3. Extensión de la responsabilidad a los administradores o liquidadores de hecho y a los apoderados generales.....	540
<i>a. Motivación de la sentencia que atribuye la condición de administrador de hecho .</i>	<i>540</i>
<i>b. Atribución de responsabilidad por omisión del administrador de hecho .....</i>	<i>542</i>
<i>c. Sobre la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho, por la actuación de un administrador de hecho .....</i>	<i>542</i>
<i>d. Sobre una eventual condena a la controlante, como administradora de hecho .....</i>	<i>545</i>
<i>e. Extensión de la responsabilidad a los factores y apoderados generales.....</i>	<i>546</i>
<b>C. Alcance cuantitativo de la responsabilidad por el déficit concursal .....</b>	<b>548</b>
1. En la legislación y jurisprudencia españolas .....	548
2. En la legislación y jurisprudencia uruguayas .....	551
<b>D. Alcance temporal de la responsabilidad por el déficit concursal .....</b>	<b>553</b>
1. Retroactividad de la responsabilidad por el déficit .....	553
<i>a. Legislación española .....</i>	<i>553</i>
<i>b. Legislación uruguaya .....</i>	<i>555</i>
2. Prescripción.....	556
<i>a. Legislación española .....</i>	<i>557</i>
<i>b. Legislación uruguaya .....</i>	<i>558</i>
<b>III. Destino y ejecución de la condena a la cobertura del déficit .....</b>	<b>559</b>
<i>A. Ingreso de la condena a la masa activa.....</i>	<i>560</i>
<i>B. Legitimación activa para ejecutar la sentencia de condena .....</i>	<i>560</i>
<b>QUINTA PARTE: EMBARGO CAUTELAR .....</b>	<b>563</b>
<i>Capítulo primero: Consideraciones generales .....</i>	<i>565</i>

<b>I. Caracteres .....</b>	<b>565</b>
<i>A. Preceptividad del embargo .....</i>	<i>565</i>
<i>B. Instrumentalidad y proporcionalidad .....</i>	<i>566</i>
<b>II. Condiciones de procedencia .....</b>	<b>567</b>
<i>A. Procedencia de oficio o a solicitud de la administración concursal .....</i>	<i>567</i>
1. Legislación española.....	567
2. Legislación uruguaya .....	567
3. Legislación argentina.....	569
<i>B. Procedencia inaudita altera pars .....</i>	<i>570</i>
<b>III. Compatibilidad con otros embargos .....</b>	<b>572</b>
<b>Capítulo segundo: Requisitos del embargo .....</b>	<b>573</b>
<b>I. Legislación concursal.....</b>	<b>573</b>
<i>A. Declaración del concurso .....</i>	<i>574</i>
<i>B. Declaración de concurso necesario .....</i>	<i>574</i>
<i>C. Fundada posibilidad de condena a la cobertura del déficit .....</i>	<i>576</i>
<i>D. Insuficiencia de la masa activa .....</i>	<i>579</i>
<i>E. Conocimiento del estado de insolvencia .....</i>	<i>581</i>
<b>II. Legislación procesal .....</b>	<b>582</b>
<i>A. Fumus boni iuris .....</i>	<i>583</i>
<i>B. Periculum in mora.....</i>	<i>584</i>
<i>C. Caución.....</i>	<i>585</i>
<b>III. Nexo causal .....</b>	<b>587</b>
<b>Capítulo tercero: Alcance del embargo .....</b>	<b>589</b>
<b>I. Alcance subjetivo .....</b>	<b>589</b>
<i>A. Derecho español .....</i>	<i>589</i>

<i>B. Derecho uruguayo</i> .....	593
<b>II. Alcance objetivo</b> .....	<b>594</b>
<i>A. Objeto del embargo</i> .....	594
<i>B. Suma por la que se decreta el embargo</i> .....	594
<b>III. Alcance temporal</b> .....	<b>595</b>
<i>A. Duración del embargo</i> .....	595
<i>B. Sustitución y levantamiento de embargo</i> .....	596
 <b>SEXTA PARTE: OTRAS RESPONSABILIDADES CIVILES Y SU COMPARACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL</b> .....	 <b>599</b>
 <i>Capítulo primero: Responsabilidad concursal por la indemnización de los daños y perjuicios</i> .....	 <b>601</b>
<b>I. Legislación concursal española</b> .....	<b>601</b>
<i>A. Función y naturaleza jurídica</i> .....	602
<i>B. Alcance subjetivo</i> .....	603
<i>C. Diferenciación con otras responsabilidades</i> .....	603
1. Diferencia con la responsabilidad societaria por daño a la sociedad y a terceros .....	603
2. Diferencia con la responsabilidad por el déficit concursal .....	604
<b>II. Legislación concursal uruguaya</b> .....	<b>605</b>
<i>A. Caracteres de la responsabilidad por daño concursal</i> .....	605
<i>B. Extensión de la responsabilidad por daño concursal</i> .....	606
<b>III. Legislación concursal argentina</b> .....	<b>606</b>
<i>A. Jurisdicción y procedimiento</i> .....	607
<i>B. Conductas generadoras de responsabilidad concursal de administradores y cómplices</i> .....	608
1. Significado atribuido a las conductas generadoras de responsabilidad concursal .....	609

2. Responsabilidad por infracapitalización .....	610
<i>C. Legitimación</i> .....	611
1. Legitimación activa .....	611
<i>a. Autorización</i> .....	612
<i>b. Legitimación de los acreedores</i> .....	614
2. Legitimación pasiva.....	615
<i>a. Legitimación pasiva de administradores, representantes o gestores de negocios</i> ...	615
<i>b. Responsabilidad del cómplice</i> .....	616
<i>c. Responsabilidad del administrador de hecho</i> .....	617
<i>D. Elementos de la responsabilidad</i> .....	618
1. Daño .....	618
2. Nexo causal .....	619
3. Exigencia de dolo .....	619
<i>E. Marco temporal para el ejercicio de la acción de responsabilidad concursal por daño</i> .....	622
1. Retroacción.....	622
2. Prescripción y perención .....	623
<i>Nuestra opinión</i> .....	623
<b><i>Capítulo segundo: Responsabilidad societaria por daños causados a la sociedad, a los socios y a los terceros</i></b> .....	<b>625</b>
<b>I. Legislación societaria española</b> .....	<b>626</b>
<i>A. Elementos de la responsabilidad</i> .....	627
1. Daño .....	627
2. Incumplimiento o conducta ilícita .....	627
3. Nexo causal .....	629
4. Culpa.....	631
<i>B. La acción social de responsabilidad</i> .....	632

1. Función .....	633
2. Legitimación pasiva .....	634
<i>a. Administradores de hecho y de derecho</i> .....	634
<i>b. Factores, directores y apoderados generales</i> .....	636
3. Legitimación activa .....	639
<i>a. Sociedad</i> .....	639
<i>b. Socios</i> .....	641
<i>c. Acreedores</i> .....	641
<i>d. Administración concursal</i> .....	642
4. Prescripción .....	644
<i>C. La acción individual de responsabilidad</i> .....	644
1. Concepto .....	644
2. Legitimación activa .....	645
3. Hipótesis de responsabilidad por daño directamente causado a socios y acreedores .	645
4. Presupuestos de la acción .....	647
5. Prescripción .....	647
<i>D. Competencia jurisdiccional</i> .....	649
<i>E. Diferencias con la responsabilidad concursal por el déficit</i> .....	649
<b>II. Legislación societaria uruguaya</b> .....	<b>651</b>
<i>A. Elementos de la responsabilidad</i> .....	652
1. Daño .....	652
2. Incumplimiento o conducta ilícita .....	653
3. Nexo causal .....	657
4. Culpa .....	659
<i>B. La acción social de responsabilidad</i> .....	661
1. Legitimación activa .....	661
2. Legitimación pasiva .....	663

<i>C. La acción individual de responsabilidad</i> .....	665
1. Legitimación activa .....	665
2. Fundamento de la obligación de resarcir el daño causado .....	665
<b>III. Legislación societaria argentina</b> .....	<b>668</b>
<i>A. Responsabilidad por daño a la sociedad</i> .....	668
1. Naturaleza jurídica .....	669
2. Legitimación en situación de concurso .....	669
3. Elementos de la responsabilidad .....	670
<i>a. Incumplimiento o conducta ilícita</i> .....	670
<i>b. Culpa</i> .....	671
<i>c. Daño</i> .....	671
<i>B. Acción individual de responsabilidad</i> .....	671
<i>C. Ejercicio de las acciones sociales en la quiebra</i> .....	672
1. Competencia y legitimación.....	673
2. Prescripción .....	674
<b>Capítulo tercero: Responsabilidad por deudas de la sociedad</b> .....	<b>678</b>
<b>I. Legislación española</b> .....	<b>678</b>
<i>A. Elementos de la responsabilidad</i> .....	679
1. Incumplimiento o conducta ilícita .....	679
<i>a. Responsabilidad por incumplimiento del deber de convocar a junta general para que resuelva la disolución</i> .....	680
<i>b. Responsabilidad por incumplimiento del deber de solicitar la disolución judicial si la junta no se hubiere constituido o el acuerdo hubiera sido contrario a disolver</i> .....	681
<i>c. Responsabilidad por la omisión de solicitar el concurso</i> .....	684
2. Daño o deuda .....	686
<i>a. Función resarcitoria</i> .....	687
<i>b. Función sancionatoria</i> .....	688
<i>c. Función de garantía</i> .....	690

3. Nexo causal .....	692
<i>a. Doctrina</i> .....	692
<i>b. Jurisprudencia</i> .....	693
4. Culpa .....	694
<i>a. Doctrina</i> .....	694
<i>b. Jurisprudencia</i> .....	695
<i>B. La acción de responsabilidad por deudas</i> .....	696
1. Legitimación activa .....	696
2. Legitimación pasiva .....	696
<i>C. Alcance de la responsabilidad por deudas</i> .....	696
1. Alcances subjetivo .....	696
<i>a. Solidaridad</i> .....	696
<i>b. Responsabilidad del administrador de hecho</i> .....	697
2. Alcance objetivo de la responsabilidad por deudas sociales: limitación.....	699
<i>a. Reforma de la legislación</i> .....	699
<i>b. Limitación de la responsabilidad a las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución</i> .....	700
3. Alcance temporal: prescripción .....	701
<i>E. Diferencias entre la acción de responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad por déficit</i> .....	702
1. Diferencia en cuanto a la existencia de una verdadera acción y la legitimación activa para proponer una condena .....	702
2. Diferencia en cuanto a la función y naturaleza jurídica.....	703
3. Diferencia en cuanto a los presupuestos de aplicación .....	703
4. Diferencia en cuanto al <i>dies a quo</i> del plazo bimensual .....	704
5. Diferencia en cuanto al carácter facultativo o necesario de la condena.....	704
6. Diferencia en cuanto al monto de la condena .....	705
7. Diferencia en cuanto al alcance subjetivo .....	705

**II. Legislación uruguaya y argentina ..... 707**

*A. Hipótesis de responsabilidad por deudas ..... 707*

1. Responsabilidad por omisión del tipo social.....707

2. Responsabilidad por ejercicio anticipado del objeto en sociedades en formación ....709

3. Responsabilidad en caso de nulidad por objeto o causa ilícitos .....710

4. Responsabilidad en caso de disolución .....711

5. Responsabilidad en caso de insolvencia .....713

*B. Responsabilidad de administradores de hecho por deudas de la sociedad ..... 717*

**Capítulo tercero: Concurrencia de acciones societarias con la responsabilidad concursal por el déficit ..... 718**

**I. Concurrencia en la legislación española ..... 719**

*A. Responsabilidad concursal por daño y responsabilidad por déficit ..... 719*

*B. La acción social de responsabilidad contra administradores de sociedades concursadas ..... 721*

1. Sobre la posibilidad de solapamiento entre la acción social de responsabilidad y la responsabilidad por el déficit concursal .....721

2. Antecedentes y reforma .....722

*a. Legitimación exclusiva de la administración concursal para promover la acción social ..... 723*

*b. Fuero de atracción ..... 725*

3. Valoración de la reforma .....726

*a. Crítica ..... 726*

*b. Subsistencia de los problemas derivados la concurrencia de estas acciones .....726*

*c. Fundamentos de la compatibilidad .....728*

*C. La acción individual de responsabilidad contra administradores de sociedades concursadas ..... 730*

1. Competencia .....731

2. Legitimación .....732

3. Viabilidad de la acción individual una vez declarado el concurso .....	733
<i>D. La acción de responsabilidad por deudas sociales contra administradores de sociedades concursadas .....</i>	<i>735</i>
1. Insolvencia societaria e insolvencia concursal .....	737
2. Prioridad de la solución concursal .....	738
3. Plazo para solicitar el concurso .....	740
<i>a. Marco societario .....</i>	<i>740</i>
<i>b. Marco concursal .....</i>	<i>741</i>
4. Soluciones incorporadas en la reforma concursal (Ley 38/2011) .....	742
<i>a. Prohibición de promover acciones de responsabilidad por deudas sociales desde la declaración del concurso y hasta su conclusión .....</i>	<i>743</i>
<i>b. Suspensión de los procedimientos iniciados .....</i>	<i>743</i>
<b>II. Concurrencia en la legislación uruguaya .....</b>	<b>744</b>
<i>A. Concurrencia con la acción social de responsabilidad .....</i>	<i>744</i>
1. Atribución de competencia al juez concursal .....	744
2. Atribución de legitimación al síndico para promover la acción social .....	745
3. Legitimación subsidiaria de los acreedores .....	745
4. Privilegio general .....	746
<i>B. Concurrencia con la acción individual de responsabilidad .....</i>	<i>746</i>
1. Competencia .....	746
2. Legitimación .....	747
<b>III. Concurrencia en la legislación argentina .....</b>	<b>748</b>
<i>A. Legitimación de la sindicatura .....</i>	<i>748</i>
<i>B. Autorización de los acreedores .....</i>	<i>748</i>
<i>C. Daño resarcible .....</i>	<i>749</i>

**SÉPTIMA PARTE: ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT AL ADMINISTRADOR DE HECHO MEDIANTE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO..... 749**

*Capítulo primero: Extensión de la quiebra en la Ley argentina de Concursos y Quiebras 24.522/1995*..... 751

**I. Fundamento de la extensión de la quiebra** ..... 751

**II. Régimen legal** ..... 752

*A. Competencia* ..... 752

*B. Iniciativa procesal* ..... 753

*C. Supuestos de extensión de la quiebra*..... 753

*D. Coordinación de procedimientos* ..... 754

    1. Situación en que se mantienen separadas las masas.....755

    2. Situación en que se forma una única masa .....756

*E. Plazo de caducidad* ..... 756

**III. Alcance subjetivo de la extensión de la quiebra** ..... 759

*A. Extensión a los socios con responsabilidad ilimitada*..... 759

    1. Significados atribuidos por la doctrina a la expresión «socios con responsabilidad ilimitada» .....760

    2. Jurisprudencia .....761

    3. Extensión de la quiebra a los socios ocultos.....762

*B. Extensión a otros sujetos* ..... 763

    1. Extensión al dominus negotii.....764

    2. Extensión a la controlante .....766

*c. Confusión patrimonial*.....768

**IV. Responsabilidad concursal por daño y extensión de la quiebra**..... 769

*Capítulo segundo: Improcedencia de la extensión en el Derecho español y uruguayo* ..... 772

**I. La extensión de la quiebra en los Códigos de Comercio** ..... 772

*A. La extensión de la quiebra en los Códigos de Comercio españoles* ..... 772

*B. La extensión de la quiebra en la legislación uruguaya* ..... 774

<b>II. Legislación española y uruguaya vigente .....</b>	<b>775</b>
<i>A. Legislación española .....</i>	<i>775</i>
<i>B. Legislación uruguaya .....</i>	<i>776</i>
<b>III. La acción contra los socios personalmente responsables por las deudas de la persona jurídica declarada en concurso .....</b>	<b>778</b>
<i>A. Legislación española .....</i>	<i>778</i>
1. Legitimación activa .....	778
2. Objeto de la acción.....	779
3. Embargo .....	779
<i>B. Legislación argentina .....</i>	<i>780</i>
<i>C. Legislación uruguaya .....</i>	<i>781</i>
<b>IV. Extensión del concurso a los administradores .....</b>	<b>783</b>
<b>V. Justificación de la supresión de la posibilidad de extender el concurso</b>	<b>783</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>785</b>
<i>Primera: Guerra y Paz en lugar de Crimen y Castigo .....</i>	<i>785</i>
<i>Segunda: La conexión entre propiedad y riesgo de insolvencia es sustituida por la conexión entre poder de decisión y riesgo .....</i>	<i>786</i>
<i>Tercera: El daño debe repararlo quien realmente toma las decisiones, sin perjuicio de la responsabilidad de quien esté formalmente investido como administrador de derecho .....</i>	<i>787</i>
<i>Cuarta: Coherencia de la interpretación del Tribunal Supremo con el cambio de modelo de la responsabilidad civil.....</i>	<i>789</i>
<i>Quinta: Insuficiencia de las soluciones provistas por las legislaciones concursales española y uruguaya para una tutela eficaz de los acreedores .....</i>	<i>790</i>
1. La responsabilidad por el déficit no alcanza a todos los casos de insuficiencia patrimonial.....	790
2. Indeterminación de los parámetros que orientan la extensión de la eventual condena	790

3. Agravamiento de las exigencias para que se pueda decretar un embargo preventivo .	790
4. Limitaciones en cuanto a la legitimación de los acreedores para obtener una efectiva tutela jurisdiccional por el daño que se les haya causado .....	791
<i>Sexta: La extensión de la quiebra a socios ocultos es potencialmente útil, indirectamente, para hacer llegar la responsabilidad por el déficit al administradores de hecho .....</i>	<i>796</i>
<i>Séptima: Consideraciones de política legislativa y de lege ferenda .....</i>	<i>798</i>
<b>Anexos .....</b>	<b>802</b>
<b>Jurisprudencia española citada .....</b>	<b>802</b>
<i>Tribunal Constitucional .....</i>	<i>802</i>
<i>Tribunal Supremo .....</i>	<i>802</i>
<i>Audiencias Provinciales .....</i>	<i>808</i>
<i>Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia .....</i>	<i>814</i>
<b>Jurisprudencia uruguaya citada .....</b>	<b>817</b>
<i>Suprema Corte de Justicia .....</i>	<i>817</i>
<i>Tribunales de Apelaciones en lo Civil .....</i>	<i>818</i>
<i>Juzgados Letrados en lo Concursal .....</i>	<i>819</i>
<b>Jurisprudencia argentina citada .....</b>	<b>820</b>
<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación .....</i>	<i>820</i>
<i>Cortes y Tribunales Supremos de Justicia .....</i>	<i>820</i>
<i>Cámaras de Apelaciones .....</i>	<i>821</i>
<i>Juzgados de Primera Instancia .....</i>	<i>827</i>
<b>Bibliografía citada .....</b>	<b>827</b>

## Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil
ABJL	American Bankruptcy Law Journal
AAJM	Autos del Juzgado de lo Mercantil
AAMN	Anales de la Academia Matritense y del Notariado
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
ACass.Com.	Arrêt de la Cámara Comercial de la Corte de Casación (Francia)
ADC	Anuario de Derecho Civil (España)
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
ADCom	Anuario de Derecho Comercial
ADCU	Anuario de Derecho Civil (Uruguay)
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AIN	Auditoría Interna de la Nación
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal
AP	Audiencia Provincial
APC	Actualités des procédures collectives
AS	Aranzadi Social: Revista Doctrinal
BCC	British Company Cases
BCE	Boletín del Círculo de Empresarios
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BCU	Banco Central del Uruguay
XXXIV	

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BJN	Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial (Uruguay)
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation
Bull. Inf.	Bulletin d'information des sociétés
CA	Companies Act
CAp.	Corte de Apelación
CAU	Colegio de Abogados del Uruguay
CassCom	Chambre Civile, Section Commerciale, de la Cour de Cassation
CC	Código Civil uruguayo
CCA	Código Civil argentino
CCE	Código Civil español
CCI	Código Civil italiano
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución española
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEJ	Base de Consulta de Expedientes Judiciales
CGP	Código General del Proceso
CLJ	Commercial Law Journal
CN	Cámara Nacional
CNCom	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CPDC	Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia
CP	Código Penal español
CPU	Código Penal uruguayo
CSBA	Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación

CT	Código Tributario uruguayo
D	Recueil Dalloz
DGI	Dirección General Impositiva
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir. Fall.	Diritto fallimentare e delle società: rivista di dottrina e giurisprudenza
DL	Decreto Ley
DLIF	Decreto Ley de Intermediación Financiera 15.322/1975 (Uruguay)
DN	Derecho de los Negocios
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
DT	Disposición transitoria
ED	Diario El Derecho
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FCU	Fundación de Cultura Universitaria
FI	Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
Giust. Pen.	Giustizia Penale
JA	Jurisprudencia argentina
JM	Juzgado en lo Mercantil
IA	Insolvency Act
IJ	Información Jurídica

IGJ	Inspección General de Justicia de la Nación
ILJ	Insolvency Lawyer Journal
IR	Informations Rapides du Recueil Dalloz
JBL	Journal of Business Law
JCC	Juzgado en lo Civil y Comercial (Argentina)
JCP	Juris-classeur périodique
JJM	Juzgados de lo Mercantil (España)
JL	Juzgado Letrado de Primera Instancia (Uruguay)
JM	Juzgado de lo Mercantil (España)
JPI	Juzgado de Primera Instancia (España)
LCA	Ley 24.522, de 20 de julio de 1995, de Concursos y Quiebras (Argentina)
LCE	Ley 22, de 9 de julio de 2003, Concursal (España)
LCF	Ley 67-563, de 13 de julio de 1967, <i>Sur le Règlement Judiciaire, la Liquidation de Biens, la Faillite Personnelle et les Banqueroutes</i> (Francia)
LCP	Decreto Ley 53/2004, de 18 de marzo de 2004, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (Portugal)
LC	Ley 18.387, de 23 de octubre de 2008, de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial (Uruguay)
LDC	Ley 18.159, de 10 de julio de 2007, de Promoción y Defensa de la Competencia (Uruguay)
LDCA	Ley 25.156, de 25 de agosto de 1999, de Defensa de la Competencia (Argentina)
LDCE	Ley 15, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia (España)

LEC	Ley 1, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil (España)
LF	Real Decreto 267, de 16 de marzo de 1942, Legge Fallimentare (Italia)
LFI	Ley 16.774 de 17 de setiembre de 1996, de Fondos de Inversión (España)
LGDCU	Real Decreto Ley 1, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 26, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (España).
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LGT	Ley General Tributaria 58/2003
LJ	Lord Justice
LJU	La Justicia Uruguaya
LL	La Ley
LMV	Ley 18.627, de 25 de noviembre de 2009, de Mercado de Valores
LMVE	Ley 24, de 28 de julio de 1988, de Mercado de Valores (España)
LRM	Ley 26, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental (España)
LSA	Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564, de 22 diciembre de 1989 (España)
LSC	Ley 16.060, de 4 de setiembre de 1989, de Sociedades Comerciales
LSCA	Ley 19.550, de 3 de abril de 1972, de Sociedades Comerciales (Argentina)

LSCE	Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1, de 2 de julio de 2010 (España)
LSRL	Ley 2, de 23 de marzo de 1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (España)
MF	Ministerio Fiscal
MP	Ministerio Público
NILQ	Northern Ireland Legal Quarterly
Ord.	Ordonnance
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RDAD	Real Decreto 1382 de 1º de agosto de 1985, que regula la relación laboral del personal de alta dirección
RDC	Revista de Derecho Comercial
RDCB	Revue de droit commercial belge
RDL	Real Decreto-Ley
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCO	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDE	Revista de Derecho y Empresa
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPC	Revista de Derecho Privado y Comunitario
RDS	Revista de Derecho de Sociedades

REJE	Revista de estudios jurídicos y de empresa
Riv. Pen.	Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJA	Revista Jurisprudencia Argentina
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJud	Revista Judicatura
RNC	Registro Nacional de Comercio
RPC	Revue des Procédures Collectives
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio de 1996, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique
RS	Revue des Sociétés
SAB	Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Bruselas
SAF	Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Florencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCass.	Sentencia de la Corte de Casación (Bélgica)
SCassaz.	Sentencia de la Corte de Casación (Italia)
SCass.Com.	Sentencia de la Cámara Comercial de la Corte de Casación
SCC	Sentencia de la Corte de Casación Civil
SCCC	Sentencia de la Cámara Civil y Comercial
SCNCom	Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
SCNPE	Sentencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico
XL	

SCSJN	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
SJ	Semaine juridique
SJLC	Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Concursal
SJNCom	Sentencia del Juzgado Nacional de Comercio
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJN	Sistema de Jurisprudencia Nacional
SCSBA	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
SCSM	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza
SJCC	Sentencia del Juzgado en lo Civil y Comercial (Argentina)
SJNCom	Sentencia del Juzgado Nacional en lo Comercial (Argentina)
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SSAAPP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSCJ	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia
SSCNCom	Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
SSJJLL	Sentencias de los Juzgados Letrados de Primera Instancia (Uruguay)
SSJJM	Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil
SSJM	Sentencias del Juzgado de lo Mercantil
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STA	Sentencia del Tribunal de Apelaciones (Italia)
STAC	Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil (Uruguay)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STrib.	Sentencia del Tribunal en lo Comercial (Francia)
STrib.comm.	Sentencia del Tribunal en lo Comercial (Bélgica)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Civil
TOL	Tirant On Line
TS	Tribunal Supremo
UCLR	University of Chicago Law Review
UTET	Unione Tipografica Editrice Torinese
YLJ	The Yale Law Journal

## Introducción

La presente tesis doctoral se enmarca en el área del Derecho mercantil, especialmente en una intersección entre el Derecho societario y el Derecho concursal. Si bien este trabajo ha tomado como base la legislación, jurisprudencia y doctrina española, se trata de un estudio de Derecho comparado con la legislación, jurisprudencia y doctrina uruguaya.

La comparación entre el Derecho español y el uruguayo surgió desde el inicio de nuestra investigación, en consideración a que la legislación concursal uruguaya tuvo una completa renovación, consagrándose un texto de gran semejanza con el español. En efecto, en forma coincidente con la finalización de mis cursos en este Doctorado, fue aprobada la Ley 18.387, de 23 de octubre de 2008, de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial (LC), inspirada directamente en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal española de 1995 (PALC). Las similitudes entre la LC y la Ley 22, de 9 de julio de 2003, Concursal (LCE)<sup>2</sup> son

---

<sup>2</sup> La LCE culmina un largo proceso para la sustitución del antiguo régimen concursal, que comienza en 1959, con el Anteproyecto de Ley Concursal (ALC) elaborado por el Instituto de Estudios Políticos. A éste le siguen el ALC de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal (PALC).

La PALC de 1995 - acompañada por una Propuesta de Anteproyecto de ley Orgánica de reforma de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del CP - surgió de una iniciativa del Ministro de Justicia e Interior, dirigida a la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. Dicha sección confió a uno de sus vocales - ROJO FERNÁNDEZ-RÍO - la redacción de la Propuesta. Ya en esta propuesta se menciona al administrador de hecho como uno de los sujetos de cuya actuación depende la calificación culpable del concurso (art. 205) y pudiera resultar afectado por dicha calificación incluso con su condena a la cobertura del déficit concursal (art. 213).

En 1996 el Ministerio de Justicia constituyó una Sección especial, en el seno de la Comisión General de Codificación, para la elaboración de una ALC y la modificación, en su caso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del CP y de cuantas otras normas resultase necesario. La Sección culminó sus trabajos en el año 2000, entregando al Ministerio un ALC y un Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma Concursal.

evidentes y sus diferencias muy significativas. Esto lleva a que la jurisprudencia y doctrina española sean en general aplicables para la interpretación de la legislación vigente en Uruguay, siendo que muchas veces problemáticas que recién se plantean en este país, han merecido un abundante tratamiento en España e, inclusive, importantes modificaciones a su legislación.

Por su parte, la comparación con la Ley argentina 24.522, de 20 de julio de 1995, de Concursos y Quiebras (LCA) – modificada por la Ley 25.589 de 15 de mayo de 2002 - presenta, también, un notable interés pero por la razón inversa a la que acabamos de exponer. La LCA no tomó en consideración en absoluto – ni podría haberlo hecho, dado la fecha de su aprobación – ni la legislación vigente en España, ni tampoco las propuestas de anteproyectos y proyectos que la precedieron. Las soluciones que contiene, entonces, son completamente divergentes de las que aparecen en la legislación española y uruguaya. En algunas cuestiones, aunque no atinentes a esta tesis, las soluciones son innovadoras pero en otras, como en el tratamiento de la responsabilidad concursal de los administradores la legislación argentina permanece apegada a un modelo tradicional de responsabilidad por daño, con el agravante de exigir una calificación especial del factor de atribución (dolo)<sup>3</sup>. Si bien la doctrina no desconoce el concepto de administrador de hecho, éste no ha alcanzado un

---

Los Anteproyectos sufrieron importantes modificaciones en la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y otras a solicitud de distintos Ministerios. Con estas modificaciones y algunas observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, por el Consejo Económico y Social y por el Consejo de Estado, los Anteproyectos fueron aprobados por el Consejo de Ministros en el año 2002 (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «La reforma del Derecho concursal español», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2003), pp. 88-92.

<sup>3</sup> Según se verá, el síndico es el único legitimado para promover esta acción, con el agravante de que requiere con la autorización previa de acreedores que representen la mayoría del capital quirografario verificado (arts. 174 y 175 LCA).

especial desarrollo en la jurisprudencia y doctrina argentina, y no se le utiliza en forma ordinaria para extender el régimen de responsabilidad aplicable al administrador de derecho y mucho menos sucede esto en el ámbito concursal. Analizaremos, entonces, si existen en la legislación argentina instrumentos en que, al menos por una vía oblicua se permita llegar a resultados similares a los que habilitan las recientes legislaciones española y uruguaya.

Vista la cuestión desde la perspectiva comparada que acabamos de reseñar, la hipótesis de este trabajo y su hilo conductor consiste en que la extensión de la responsabilidad por el déficit concursal al administrador de hecho es una decisión acertada de los legisladores españoles y uruguayos, pues obliga a la cobertura del descubierto patrimonial a aquella persona que realmente tomó las decisiones que generaron o agravaron la insolvencia<sup>4</sup>. Si se considera la función resarcitoria de esta responsabilidad, queda claro que en pocos momentos es tan importante la consagración de la figura del administrador de hecho como en situaciones de insolvencia. Si se considera su función sancionatoria, la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho impide que quienes realmente toman las decisiones se desentiendan del cumplimiento de los deberes que la legislación pone en cabeza del administrador en tutela de terceros. Tampoco la función de garantía de la responsabilidad en estudio tendría mayor eficacia si la transferencia del riesgo se realiza hacia sujetos que no son quienes en verdad dirigen a la sociedad.

El acierto del legislador español se encuentra confirmado en el agregado de los apoderados generales a la lista de posibles afectados por la calificación

---

<sup>4</sup> Bajo ésta subyace otra hipótesis: que la LCE y la LC reflejan un cambio de modelo en materia de responsabilidad concursal, que adecua la legislación concursal al desarrollo que en general ha tenido lugar en la legislación de sociedades, de mercado de valores, de defensa de la competencia y medioambiental. Se ajusta, asimismo, a la evolución de la jurisprudencia y doctrina en materia de responsabilidad civil. Este cambio de modelo es confrontado con la legislación argentina, que permanece apegada a un modelo de responsabilidad concursal de administradores fundado en el dolo y en la extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables.

culpable del concurso. Según se analizará, éstos eran reiteradamente considerados como administradores de hecho por la jurisprudencia. De modo que la reforma realizada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011, en este aspecto, en nuestra opinión, lo que hace es salirle al paso a la maniobra más comúnmente utilizada en la práctica para ocultar a quien verdaderamente toma las decisiones.

En el caso del legislador uruguayo, el acierto es doble porque además de contribuir, según ya apuntamos, a que la responsabilidad por el déficit concursal pueda cumplir con las funciones ya referidas, incorpora la figura del administrador de hecho, que no había recibido hasta ahora consagración expresa y que era resistida por la jurisprudencia.

A los efectos de desarrollar las consideraciones que hemos adelantado en estas breves líneas introductorias, en la primera parte de este trabajo comenzamos por discurrir acerca de la forma en que se ha definido y caracterizado al administrador de hecho. Esto nos supondrá la confrontación del concepto de administrador de hecho no sólo con el administrador de derecho, sino con otros sujetos a los que, también, se atribuye responsabilidad en caso de concurso, por una vía u otra.

El análisis del concepto de administrador de hecho nos permitirá formular una tipología de las vías por las que usualmente se manifiesta. Adelantamos que, sin perjuicio de haber quedado asentado el tipo *administrador oculto* como modalidad indiscutida de administración de hecho, se avanza hacia la aceptación del tipo *administrador indirecto* como una modalidad diferenciada. A los efectos de la responsabilidad concursal nos parece que ésta es la modalidad más interesante.

La segunda parte de esta tesis la dedicamos al estudio de la responsabilidad por el déficit concursal. El análisis de los intereses tutelados por la normativa que establece esta responsabilidad, así como de su función es lo que permite desentrañar la verdadera relevancia de haber extendido la obligación a la cobertura del déficit a los administradores de hecho.

En la tercera parte exponemos sobre diversos aspectos atinentes a los presupuestos de la responsabilidad por el déficit concursal, sobre la condena al pago del déficit y sobre el embargo cautelar. De esta forma pretendemos lograr una comprensión general respecto del alcance de la responsabilidad que se coloca en cabeza de los administradores de hecho.

El análisis de la sentencia de calificación, por su especial complejidad y relevancia para este trabajo de tesis, es tratada en la cuarta parte. Allí reseñamos las principales cuestiones atinentes al contenido de la sentencia de calificación y los recursos que pueden oponerse contra ésta. La condena a la cobertura mereció un capítulo aparte, en el que tratamos la cuestión del carácter preceptivo o discrecional de esa condena, su alcance desde distintas perspectivas, destino y ejecución.

En la quinta parte de este trabajo de tesis, por su evidente conexión con la temática que nos ocupa, describimos el régimen aplicable al embargo cautelar previsto en la legislación concursal española y uruguaya. Nos detenemos en el análisis de los requisitos del embargo concursal y su alcance, puesto que de su determinación muchas veces depende la eficacia de la condena por el déficit concursal que es objeto de nuestra tesis.

En la sexta parte comentamos otras normas que atribuyen responsabilidad civil a los administradores, comparándolos con la responsabilidad por el déficit establecida en la legislación concursal española y uruguaya. Esto nos ha supuesto tanto el estudio de la responsabilidad concursal por daño, como el estudio de las diversas modalidades de responsabilidad previstas en la legislación societaria. Inevitablemente, hemos derivado hacia la consideración de los diversos conflictos motivados por la concurrencia de las acciones societarias con la responsabilidad concursal por el déficit.

A propósito de estos análisis, en la última parte de este trabajo de tesis ingresamos en el planteamiento de la posibilidad de atribuir responsabilidad por el déficit al administrador de hecho mediante el mecanismo de la extensión del concurso, lo cual es de especial relevancia desde la perspectiva del Derecho

argentino. En particular nos ha interesado analizar la posibilidad de extender la quiebra a los socios ocultos y a los controlantes, como una vía de responsabilizar al *dominus negotii* que, en la práctica, muchas veces coincide con quien podría ser categorizado como administrador de hecho.

## Metodología

### 1. Fuentes de investigación

Para la realización de esta tesis se procedió a la búsqueda, consulta y sistematización de material bibliográfico, legislativo y de jurisprudencia disponibles en las bibliotecas de las Universidades de Valencia, de Leicester, de Buenos Aires y de la República de mi país, así como a diversas bases de datos públicas y privadas.

La búsqueda de doctrina, legislación y jurisprudencia se realizó, básicamente en las bases electrónicas de datos: Aranzadi Insignis, Tirant On Line en el Sistema de Jurisprudencia Nacional (Uruguay), en la Base de Consulta de Expedientes Judiciales (Uruguay), en La Ley On Line (Uruguay), en La Ley On Line (Argentina) y en el Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Infojus).

Sin perjuicio de lo antedicho, la jurisprudencia española fue, también, revisada acudiendo a diversos repertorios y revistas: Repertorio Oficial de Jurisprudencia Aranzadi, el Anuario de Derecho Concursal, la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, y la Revista de Derecho Mercantil. Algunas sentencias uruguayas se obtuvieron en el repertorio de jurisprudencia de La Justicia Uruguay<sup>5</sup>. Para la jurisprudencia argentina se acudió, además de las fuentes electrónicas referidas, a la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.

---

<sup>5</sup> Es preciso señalar que algunas sentencias de primera instancia de los Juzgados Letrados de lo Concursal uruguayos no aparecen en ninguna base de datos, por lo que debieron ser recabadas en las propias sedes judiciales. De resto, corresponde advertir, también, que en

## 2. Exposición de la información relevada

En base a la información relevada se procedió a un análisis descriptivo de los parámetros utilizados para la definición y caracterización de la figura del administrador de hecho y el tratamiento de su responsabilidad concursal.

Para ello, en la presente tesis se identifican las principales disposiciones legales que reconocen sanciones y responsabilidades específicas para los administradores de sociedades concursadas y distinguen al administrador de hecho como un instrumento diferenciado y merecedor de un régimen jurídico específico.

En particular, se examinan los aspectos más resaltantes de la responsabilidad del administrador de hecho en materia concursal y, en particular, los problemas inherentes a su yuxtaposición con las responsabilidades previstas en materia societaria, que obviamente, también, afectan al administrador de derecho. Esto supuso el análisis de los mecanismos de aplicación de las responsabilidades previstas en la legislación societaria y las tendencias de la jurisprudencia de los Derechos en análisis.

## 3. Análisis comparado

Concomitantemente, se recurrió a un análisis comparado entre la legislación española, uruguaya y argentina, sin perjuicio de mencionar otras legislaciones extranjeras cuando se lo estimó oportuno, sea porque fueron precursoras en la materia de esta tesis o, incluso, fuente de las disposiciones que se analizan, o sea

---

virtud del art. 257 de la LC y de lo dispuesto por la Acordada 7643, de 11 de febrero de 2009, de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), todos los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia en materia concursal deben ser elevados al Tribunal de Apelaciones en lo Civil (TAC) de 2° turno (art. 257). Es relevante, asimismo, que se tenga en cuenta que ninguna resolución judicial recaída en el procedimiento concursal principal o sus incidentes admite recurso de casación, con excepción de la sentencia que califique al concurso como culpable. A la fecha de redacción de esta tesis no ha sido dictada ninguna sentencia por la SCJ relacionada directamente con la calificación culpable del concurso.

por considerar que su comparación con las soluciones consagradas en los Derechos en que se centra esta tesis presentaba alguna perspectiva de interés<sup>6</sup>.

Para el estudio de las soluciones consagradas en la legislación concursal uruguaya no fue suficiente su comparación con la legislación vigente en España porque su fuente no se encuentra exactamente en ésta, sino en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (PALC).

#### **4. Estructura**

Para la exposición se optó por una estructura que prioriza la división de los temas en dos o tres partes, en la medida de lo posible, a los efectos de facilitar su comprensión, identificando los títulos mediante un sistema alfanumérico.

Se trató de reiterar la utilización de determinados esquemas de organización, en forma espejada, de modo de permitir la comparación de las soluciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales objeto de esta tesis.

---

<sup>6</sup> La doctrina y jurisprudencia anglosajona se indagó en la American Bankruptcy Law Journal, Australian Law Review, Commercial Law Journal, Journal of Business Law, Northern Ireland Legal Quarterly, University of Chicago Law Review, The Yale Law Journal y en las bases de datos de la British Company Cases y Butterwirths Company Law Cases, publicaciones a la que, en general se accedió en la biblioteca de la Universidad de Leicester (por cortesía del Dr. César Alejandro Armellini), en la biblioteca de la Universidad de Buenos Aires y en la base de datos de Dialnet. La doctrina y jurisprudencia francesa se revisó en la Revue des Procédures Collective, la Revue des Sociétés, la Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, la Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, el Bulletin des Arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, el Bulletin d'Information des Sociétés (Joly), la Gazette du Palais, Informations Rapides du Recueil Dalloz y Juris-Classeur Périodique. Para la doctrina y jurisprudencia italianas se recurrió a la Revista Diritto Fallimentare e delle Società, Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza, Giurisprudenza Commerciale, Giurisprudenza Italiana y Giustizia Penale.

## PRIMERA PARTE: ADMINISTRADORES DE HECHO COMO RESPONSABLES CONCURSALES

Parece ser una premisa universalmente constatada en la práctica forense que, en términos generales, los empresarios evitan desarrollar su actividad como personas físicas, sujetas al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>7</sup>. En lugar de ello, recurren a la actuación a través de tipos societarios que les atribuyan el privilegio de la limitación de su responsabilidad por los actos de dirección y gestión sociales, establecido para asegurar la libertad de empresa<sup>8</sup>. En estos tipos societarios el riesgo empresarial es transferido, en algunos casos, a los integrantes del órgano de administración que, en cierto modo, se convierten en garantes.

En ocasiones, quienes integran el órgano de administración son meros testaferros de quienes retienen el poder real de administración<sup>9</sup>. Por esta vía es

---

<sup>7</sup> Art. 1911 del Código Civil español (CC). El art. 2372 del Código Civil uruguayo (CC) establece: «*Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295).*»

En la legislación argentina no se consagra expresamente este principio, pero surge implícitamente de diversos artículos como, por ejemplo, del art. 505, § 3, del CCA cuando permite al acreedor obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes; o del art. 961 del CCA cuando permite al acreedor pedir la revocación de los actos del deudor realizados en perjuicio o fraude de sus derechos.

<sup>8</sup> La concesión de la responsabilidad limitada se otorga en forma de verdadero privilegio, que se niega al resto de la población, a saber: el derecho de responder frente a las deudas con sólo un sector de su patrimonio, mientras que los demás deben responder por las deudas derivadas de su actividad con todos sus bienes (DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica* [1991], p. 64).

<sup>9</sup> Circunstancia motivada, probablemente, en la severidad de la responsabilidad de los administradores, no sólo desde el punto de vista societario, sino tributario, laboral, medioambiental y penal, agravada, sin lugar a dudas, por la responsabilidad por el déficit que se establece en las modernas legislaciones concursales (GARNICA MARTÍN, «La crisis

posible abusar del privilegio de la limitación de la responsabilidad, ocasionando sustanciales pérdidas a la sociedad, a sus socios y a cuantos se relacionan con ella (especialmente sus acreedores), al facilitar la elusión del régimen jurídico aplicable a los verdaderos administradores<sup>10</sup>. Se ha advertido, entonces, la necesidad de adecuar el régimen de imputación de la responsabilidad tradicional, caracterizado por el principio de la autonomía patrimonial de la persona jurídica y por su referencia exclusiva a los protagonistas institucionales de la gestión societaria<sup>11</sup>.

En el ámbito del Derecho concursal, en particular, esa adecuación ha recurrido a instrumentos diversos. En algunos Derechos, se trata de imputarle responsabilidad al empresario en su calidad de socio, a través de la extensión de la quiebra. En otros, para impedir que quien realmente administra una sociedad pueda eludir las responsabilidades inherentes a esa función, es que se ha acuñado la expresión *administrador de hecho*<sup>12</sup>. A esta figura se le atribuyen las mismas responsabilidades que al *administrador de derecho*, al menos en algunos casos.

---

económica de la sociedad y sus repercusiones respecto de la responsabilidad de sus administradores [particular examen de la responsabilidad en el ámbito del proceso concursal]», *Revista Técnis Tributaria*, n° 24, 2006, pp. 28 y ss., <http://www.apttcb.cat/ca/24>; TORRUBIA CHALMETA, «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», *RDM*, n° 287 [2013], Aranzadi Insignis BIB 2013/391, p. 3; XAVIER DE MELLO, «Directores de SA en problemas», *Economía y mercado* [El País, 18/5/2009], p. 15).

<sup>10</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* (2002), p. 158.

<sup>11</sup> ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali* (1998), pp. 1 y 2; LIGHTMAN, «The challenges ahead: address to the Insolvency Lawyers' Association», *JBL*, v. 113 (1996).

<sup>12</sup> No falta quien critique esta denominación, aludiendo a que se trata de una contradicción *in terminis*, dado que administrador es aquel investido del cargo sea en el acto constitutivo de la sociedad o por un acto posterior. El llamado *administrador de hecho* no sería más que un tercero ajeno a la administración, que se inmiscuye en ésta o la detenta como si fuese un administrador. Vide: COTTINO, *Diritto commerciale, Le società e le altre associazioni economiche*, v. 1, t. 2, 3ª ed. (1994), p. 525.

Consideramos que la consagración expresa de la extensión de las responsabilidades de los administradores de derecho a aquellos que de hecho o indirectamente dirigen la administración constituye un muy importante avance. Sin embargo, no queda claro que los mecanismos implementados, en su detalle, hayan sido correctamente diseñados. Pese al evidente interés que la responsabilidad por el déficit concursal y, en especial, la extensión de esa responsabilidad a los administradores de hecho, evidenciada en las páginas y páginas de doctrina sobre uno y otro tema, llaman la atención sobre lo reducido que resulta el número de concursos declarados como culpables en proporción a los existentes<sup>13</sup>. En Uruguay puede decirse que la situación es la misma<sup>14</sup>.

Es evidente que las expectativas generadas por la LCE no han sido colmadas, en tanto no se ve en esa Ley una efectiva oportunidad de saneamiento de la empresa concursada, ni de satisfacción de los acreedores ordinarios<sup>15</sup>. Tal vez por

---

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, SANAHUJA destaca que en España, incluso casos de gravísimas insolvencias de compañías aéreas, inmobiliarias o constructoras, que dejan volúmenes impresionantes de deudas con acreedores de todo tipo, culminan su pasaje por el proceso concursal sin que sus administradores sean responsabilizados ni penal ni civilmente (SANAHUJA, «Concurso de acreedores: ¿cómo exigir responsabilidades?», *Práctica Jurídica, Mercantil* [2012]).

<sup>14</sup> En Uruguay, en general, los síndicos no piden la calificación culpable del concurso, ni mucho menos lo hace el MP, aunque existan obvias presunciones de esa culpabilidad. En los pocos casos que algún síndico la pide, los jueces la decretan, aunque en algún caso han omitido condenar por el déficit, a pesar de existir sobrados motivos para hacerlo.

<sup>15</sup> En la opinión de BELTRÁN SÁNCHEZ, la LCE no afrontó con suficiente decisión el problema de la insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer en alguna medida a los acreedores ordinarios. Considera que la LCE centró su esfuerzo en la reducción del número de los créditos privilegiados y en la postergación de determinados créditos, pero descuidó un punto obvio: es preciso que la masa activa del concurso de acreedores se integre con más bienes (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. 3 [2007], p. 1739).

ello algunos autores españoles consideran que debe buscarse alcanzar estos objetivos a través de la legislación societaria y no de la concursal<sup>16</sup>, recordando la advertencia de SCHMIDT en oportunidad de contribuir con un artículo sobre la Ley alemana de Insolvencia, a los Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001<sup>17</sup>.

### ***Capítulo primero: La administración de hecho y la administración de derecho***

El concepto de *administrador de hecho* se genera y desarrolla a partir de su contraposición con el *administrador de derecho*. La razón de la existencia del concepto de *administrador de hecho* radica en la colocación de éste en la misma situación jurídica que el *administrador de derecho*, tanto en lo que refiere a los efectos de los actos que realice como en lo que refiere a las responsabilidades que le son atribuibles. Como ha sido anotado por la doctrina, el administrador de hecho constituye el reflejo, irregular si se quiere, del administrador de derecho,

---

<sup>16</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades* (2004), p. 407; VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, año 13, v. 144, setiembre (2002), p. 4.

<sup>17</sup> Dice SCHMIDT en «Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán: la Ley alemana de Insolvencia de 1994 (InsO)», *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2002), pp. 34 y 35: «(...) si nos preguntamos dónde se toca la música en el caso de la insolvencia de empresas, mi respuesta sería la siguiente: la ley concursal sería el contrapunto, pero la melodía estaría en el Derecho de sociedades (...) Es en el Derecho de sociedades de donde pueden provenir mejoras efectivas en las oportunidades de saneamiento y satisfacción de los acreedores, imponiendo sanciones a los administradores en caso de no cumplir con sus obligaciones de solicitar el procedimiento de insolvencia, así como a través de severas normas de responsabilidad frente a los socios.»

del que se diferencia en los aspectos formales pero se asemeja en los funcionales, lo que justifica su asimilación<sup>18</sup>.

## I. La función de administración societaria en sentido amplio

El fundamento último de la asimilación del administrador de hecho al de derecho, en el estado actual de la evolución de la doctrina y jurisprudencia, radica en el ejercicio efectivo de la función de administración. Esto nos obliga a una descripción al menos elemental del contenido de esa función. Según exponremos, en la legislación societaria el concepto de administración excede el concepto general y comprende, en términos generales la representación de la sociedad. Esta extensión del concepto es fundamental a los efectos de esta tesis pues, al menos en alguna de sus modalidades, es en la externalización de la administración que se evidencia la existencia de un administrador de hecho.

### A. Administración en sentido estricto

En las ciencias económicas se define *administrar* como *la acción de gobernar, regir o cuidar*. En este sentido, es una función que atañe a la determinación de la política de la empresa como organización, a la coordinación de las finanzas, a la producción o la distribución, al establecimiento del alcance o propósito de la actividad social. Administrar, según los economistas, es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar<sup>19</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, el órgano de administración es el encargado de la función de gobierno institucional, de la gestión de los asuntos sociales y de la representación de la sociedad. Eventualmente, esta última función se le encargará al presidente del consejo de administración o alguno o varios de los

---

<sup>18</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), p. 974.

<sup>19</sup> AHIJADO y AGUER, *Diccionario de economía y empresa* (1996), p. 23.

administradores. Algunos autores consideran que la función de representación le corresponde a otro órgano, precisamente, el de representación.

### **1. Gobierno institucional**

El gobierno de la sociedad supone asegurar que los socios cumplan con sus obligaciones y permitir que ejerzan sus derechos, por lo cual compete a los administradores dar el impulso necesario a los demás órganos sociales para ello: convocar a la junta general o a la asamblea, elaborar los informes y los documentos presentados a ellas, los proyectos de fusión y escisión, solicitar el nombramiento de auditores, demandar la disolución judicial de la sociedad, entre otras obligaciones.

Entre los deberes que implica el cumplimiento de esta función hemos de destacar dos pares de ellos, por su relevancia particular para esta tesis: por un lado, el deber de convocar a la junta para resolver la disolución y el deber de solicitar la disolución judicial y, por otro, el deber de convocar de la junta para resolver la promoción del concurso y el deber de solicitar el concurso de la sociedad administrada. Corresponde destacar, asimismo, la relevancia del deber de formular los balances, a los efectos de su aprobación por la asamblea y posterior depósito. Se trata de un deber excluyente e indelegable del administrador social<sup>20</sup>.

El administrador no exonera sus responsabilidades legales con el argumento de la falta de conocimiento de la gestión<sup>21</sup>.

### **2. Gestión social**

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 209 de la LSCE es competencia de los administradores «*la gestión y la representación de la sociedad*». El art. 79 de la Ley 16.060, de 5 de setiembre de 1989, de Sociedades Comerciales (LSC)

---

<sup>20</sup> STS n° 545 de 12/7/2005 (RJ 2005\5277) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>21</sup> SJM n° 3 de 17/9/2013 (AC 2013\1837) ponente BLANCO SARALEGUI.

establece que los administradores tendrán a su cargo «*la gestión de los negocios sociales*» y «*representarán a la sociedad*»<sup>22</sup>.

La LSCE, si bien se ocupa especialmente de determinar el ámbito y la extensión de la representación, no hace lo mismo con la administración. En general, se entiende que, en tanto las facultades y competencias relacionadas con la administración refieren al orden interno de la sociedad, corresponde que sean confiadas a la autonomía de la voluntad de los socios, que en los estatutos detallarán el contenido y extensión de las facultades conferidas al administrador<sup>23</sup>.

En cualquiera de estas legislaciones se encuentra implícito que los administradores están dotados de amplísimas facultades para la gestión de la sociedad. La LSC refiere expresamente que se entenderán comprendidos dentro de los actos de gestión el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de bienes sociales. La atribución proviene directamente de la Ley, como competencia propia del órgano y no por delegación estatutaria ni de la asamblea<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 79, §§ 1 y 2, LSC: «*(Funciones y facultades de administradores y representantes). Los administradores tendrán a su cargo la gestión de los negocios sociales. Representarán a la sociedad salvo que la ley o el contrato atribuyan las funciones de representación a alguno o algunos de ellos o establezcan otro sistema para la actuación frente a terceros.*

*Se entenderán comprendidos dentro de los actos de gestión el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de bienes sociales.»*

<sup>23</sup> CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, v. 1 (1977), p. 602; MORILLAS JARILLO, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital* (2002), pp. 177 y 178; POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, t. 6, dir. URÍA MENÉNDEZ MENÉNDEZ y OLIVENCIA (1992), p. 44.

<sup>24</sup> ESTEBAN VELAZCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, p. 394.

### *a. Concepto de gestión*

*Gestión*, de acuerdo al *Diccionario*, es la acción de gestionar y gestionar es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio<sup>25</sup>. En materia societaria, en términos generales, se considera que el contenido esencial de las facultades y competencias de *gestión*, es la realización del fin u objeto social<sup>26</sup>. Más concretamente, la *gestión* incluye, por una parte, la fijación de la política general de la sociedad, así como la programación o fijación de objetivos a corto, medio y largo plazo. Por otra parte, incluye la *gestión diaria* de todos los asuntos corrientes, en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales, financieros y otros<sup>27</sup>.

El TS distingue entre la *gestión*, como dirección y control de los negocios sociales en todos sus ámbitos, y la *simple gestión*<sup>28</sup>. Esta distinción es relevante para el objeto de esta tesis, puesto que el TS la utiliza para distinguir, a su vez, al administrador de hecho respecto de los directores, gerentes o factores. Sin perjuicio de que, más adelante, abundaremos sobre la distinción entre administrador de hecho, directores, gerentes o factores, en las líneas siguientes nos interesaremos por la primera de las distinciones referidas. Lo que se considera como *gestión* propiamente dicha, comprende más que actos de mera administración, puesto que los administradores tienen la facultad de enajenar y gravar bienes sociales, así como el poder-deber de convocar juntas generales, fijar su orden del día, disolver la sociedad e instar su liquidación.

---

<sup>25</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*.

<sup>26</sup> GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, v. 1 (1976), pp. 300 y 301; LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores...* (1996), p. 42; MORILLAS JARILLO, *Las normas de conducta de los administradores...* (2002), p. 180.

<sup>27</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, 7ª ed. rev. por BERCOVITZ (1976), p. 560; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, v. 1, 23 ed. (2012), p. 741.

<sup>28</sup> STS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

*b. Gestión extraordinaria*

La doctrina española, bajo el concepto de gestión extraordinaria entiende comprendidos aquellos actos que tienen la virtualidad de afectar o modificar la estructura financiera de la sociedad como, por ejemplo, la constitución de hipotecas, la realización de operaciones inmobiliarias o de elevado valor económico y, también, si bien con algunas reservas, la creación de filiales, la adquisición de acciones o participaciones en otras sociedades<sup>29</sup>.

Alguna doctrina sustenta que la asamblea es el órgano competente para resolver la realización de actos extraordinarios, correspondiendo a los administradores sólo la ejecución de lo deliberado. DE GREGORIO sostiene que la venta de un edificio industrial con el objeto de sustituirlo por otro que parezca más a propósito para la expansión del establecimiento o una relevante operación de financiación, un contrato que comprometa la producción por más de un ejercicio a precios establecidos, son actos que entran en el objeto social, pero que exceden de los poderes de administración. No es posible, sin embargo, trazar los límites, sino recurriendo al criterio del desarrollo normal de la actividad social, con actos que no impliquen una sustancial transformación de la estructura del establecimiento. Este criterio es, evidentemente, elástico porque sus aplicaciones pueden ser bien diversas de una a otra sociedad. Así, es obvio que la adquisición o la venta de un inmueble, que excede normalmente de los poderes de administración, entra, en cambio, entre estos cuando se trate de una sociedad que tenga por objeto la compraventa de inmuebles<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de sociedades*, 20 ed. a cargo de MARTÍNEZ SANZ (2013), p. 451; ESTEBAN VELAZCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español* (1982), p. 513.

<sup>30</sup> DE GREGORIO, «De las sociedades y de las asociaciones comerciales», in: BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, *Derecho comercial*, t. 6 (1950), pp. 335 y 336.

En la misma línea que acabamos de exponer se pronuncia la doctrina argentina más recibida. En esta doctrina se sostiene que la administración no abarca los actos de disposición ajenos a su objeto y expresamente se excluye de las facultades del directorio, la venta de un establecimiento y la venta de inmuebles. Esta doctrina señala que son actos extraordinarios de gestión la enajenación de inmuebles en general o de los inmuebles donde estén instalados los equipos de la sociedad, la hipoteca de esos inmuebles, la enajenación del establecimiento comercial, el arrendamiento del conjunto de los bienes sociales, la donación de activos de la sociedad o la inversión en otras sociedades<sup>31</sup>.

### ***B. Representación***

Para realizar la gestión interna y externa, se deben celebrar negocios jurídicos, para lo cual se requiere la figura del representante. El órgano de administración resuelve realizar un negocio y, luego, el representante lo celebra.

La LSCE ha distinguido, claramente, entre la función de administración y la función de representación, a pesar de que, eventualmente estas dos funciones pueden ser atribuidas a una sola persona. En el caso que se designe un solo administrador, el poder de representación corresponde necesariamente a éste (art. 233.2, lit. a). En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades (art. 233.2, lit. b). En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente (art. 233.2, lit. c). En caso de consejo de

---

<sup>31</sup> HALPERÍN, *Sociedades anónimas* (1975), p. 428; MARTORELL, *Los directores de las sociedades anónimas: derechos, obligaciones, responsabilidades* (1990), p. 318; SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas, el órgano de administración* (1980), p. 456.

administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, actuando colegiadamente (art. 233.2, lit. 3).

También, puede suceder que esas funciones deban ser cumplidas por distintas personas. En el caso, por ejemplo, de estatutos que atribuyan el poder de representación a uno o varios miembros del consejo, a título individual o conjunto (art. 233.2, lit. d), las resoluciones relacionadas con la gestión se adoptan por el consejo pero el acto de ejecución de lo resuelto, celebrando un negocio con un tercero, es cumplido por aquellos a quienes se haya atribuido el poder de representación<sup>32</sup>. La administración *lato sensu* se realiza por dos órganos: un órgano de administración – que forma la voluntad social – y un órgano de representación – que la ha de exteriorizar. Las resoluciones relacionadas con la gestión se adoptan por el consejo y el acto de ejecución de lo resuelto, celebrando un negocio con un tercero, es cumplido por el representante. El representante es quien actúa frente a terceros celebrando los consiguientes negocios jurídicos, actos y contratos, que vincularán a la sociedad. La sociedad sólo queda obligada por los actos celebrados por el representante.

### **1. Extensión de las facultades de representación**

La determinación de la extensión de las facultades de los administradores está íntimamente vinculada a la *capacidad* que se atribuya a las sociedades. Las personas jurídicas actúan en el mundo de los negocios, como las personas físicas, con un patri-monio propio, con una denominación y un domicilio, y celebrando actos jurídicos cuyos efectos se imputan a ese patrimonio. Haciendo extensión de las normas sobre personas físicas, se alude a la *capacidad* de las personas jurídicas para referirse a lo que ésta puede o no puede hacer en el ámbito jurídico.

La extensión de la capacidad de las personas jurídicas está sujeta a una cierta relativización, derivada de la llamada regla o principio de la especialidad. A la

---

<sup>32</sup> En el Derecho uruguayo, se entiende que el directorio es el órgano de administración que forma la voluntad social y, salvo pacto en contrario, su presidente es el órgano de representación que la ha de exteriorizar.

sociedad se le reconoce plena capacidad para que pueda desarrollar sus fines, fijados por el contrato al determinar el objeto social. El objeto señala los límites de su capacidad. La sociedad goza de amplia capacidad para realizar su objeto; carece de ella en cuanto se trate de efectuar actos ajenos.

No obstante, de acuerdo al art. 234.2 de la LSCE, la sociedad queda obligada frente a terceros, por los actos de su representante, aun cuando no estén comprendidos en el objeto social, siempre que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. En la LSC, la sociedad no queda obligada si el administrador o el representante, celebra actos *notoriamente extraños al objeto social* (art. 79). Es el sistema de la legislación societaria argentina (art. 58.4) y francesa (art. 14).

De modo que en las legislaciones comparadas debe resultar claro y visible a todos, cuándo un negocio se corresponde al objeto social. Los terceros no deben investigar, en cada negocio, su concreta finalidad o su afectación al cumplimiento del objeto.

En cada caso concreto que se plantee, será una cuestión de apreciación. La determinación de existencia de buena fe o la ausencia de culpa grave, obligará a una interpretación judicial, en el asunto en que se controvierta sobre el tema. Está claro, sin embargo, que el tercero que tuviere conocimiento de la infracción no podrá reclamar a la sociedad el cumplimiento de la obligación contraída.

Sabemos que existe una tendencia a aceptar el sistema germánico, que en el orden externo confiere al órgano de representación una potestad omnímoda, hasta el punto que incluso los actos que no guarden relación con el objeto social se consideran válidos y vinculan a la sociedad, sin perjuicio de que, frente a ella deban responder los representantes cuando hayan quebrantado las limitaciones impuestas a su actuación, que sólo despliegan sus efectos en la esfera interna<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, v. 1, p. 602; ESTEBAN VELASCO, «Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital», *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, coord. ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ y LUCAS FERNÁNDEZ (1987), p. 34, ROLDÁN RODRÍGUEZ, «Información de Derecho comunitario.

En una variante de esta tendencia, en la doctrina uruguaya, se ha considerado que cuando el acto es notoriamente extraño al objeto social, la sociedad en tanto persona jurídica tiene capacidad, esto es aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones por lo que puede realizar el acto, pero necesita de la decisión del órgano de la asamblea para que se forme la voluntad y el acto quede imputado a la esfera obligacional de la persona jurídica sociedad<sup>34</sup>.

Discrepamos con esta interpretación. Todos los órganos sociales, incluso la asamblea o los socios reunidos informalmente, deben actuar de acuerdo al contrato social, dentro de sus estipulaciones y, en especial, en los límites de su objeto. No se puede sos-tener sobre la base de atribuir capacidad plena a la sociedad, que ésta pueda actuar fuera del objeto. El contrato social delimita el objeto de las actividades de una sociedad. Como contrato obliga a quienes lo celebraron. Para adoptar resoluciones sociales, mediante los mecanismos societarios creados para formar la voluntad social, se debe actuar dentro del marco contractual. Si se actúa, excediendo ese marco, no se actuará legítimamente y se estaría modificando, de hecho, el contrato de sociedad, lo cual es inadmisibile.

## **2. Legitimación para solicitar la declaración de concurso**

### ***a. Legislación española***

Si el deudor fuere una persona jurídica, la solicitud de concurso debe ser decidida por el órgano de administración o de liquidación (art. 3 LCE) y realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas.

---

Gran Bretaña. Definitiva abolición de la regla “ultra vires”. E importante enmienda en cuanto al objeto (“Purpose”) de las Sociedades de Capital», *Revista La Notaría*, mayo, sec. doctrinal, n° 199, pp. 61-70; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, v. 1 (2012), p. 746.

<sup>34</sup> WONSIK y ACUÑA DELGADO, «Algunos problemas derivados de la aplicación de la Ley 16.060 desde la experiencia notarial», *Temas de Derecho Societario* (2000) pp. 139-141.

No existe ninguna norma de la LCE que le confiera legitimación individualmente a los administradores consejeros en forma explícita. No obstante, entendemos que dicha legitimación surge implícitamente de la carga impuesta por el art. 367.1 de la LSCE y que, además, los administradores consejeros pueden considerarse comprendidos en la referencia a aquellos «*miembros o integrantes*» de la persona jurídica, que sean personalmente responsables de sus deudas, a quienes el art. 3.3 de la LCE sí confiere expresamente legitimación.

En estos casos, la declaración del concurso no podrá ser considerada como solicitada por el propio deudor persona jurídica.

### ***b. Legislación uruguaya***

El art. 6, n° 1, de la LC establece que, si el deudor fuere una persona jurídica, la solicitud debe ser realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas. La norma presupone que la decisión la adopta el órgano de administración, de acuerdo con el régimen que para la adopción de resoluciones prevé la LSC para cada tipo social.

La solicitud por el propio deudor es especialmente relevante para éste, puesto que es un extremo indispensable para que el concurso sea considerado *voluntario*<sup>35</sup>.

La LC incluye entre los legitimados, además del deudor, a sus herederos, los acreedores y los socios personalmente responsables, a los administradores (individualmente considerados), a los liquidadores, a los integrantes del órgano de contralor interno, a los codeudores, fiadores o avalistas del deudor, a las bolsas de valores e instituciones gremiales de empresarios con personalidad jurídica, y a los legatarios y albaceas (art. 6). Se trata de personas muy cercanas a la actividad social, por lo que cuentan con información privilegiada, pudiendo dar

---

<sup>35</sup> HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387*, p. 95.

noticia de una situación de insolvencia que los representantes legales no valoran adecuadamente o pretenden ocultar<sup>36</sup>.

La atribución de legitimación a los administradores – aun cuando carezcan de la representación de la sociedad – ha sido justificada, en el Derecho uruguayo, en atención a las severas sanciones que establece el art. 201<sup>37</sup>. Sin embargo, según advierte la doctrina, el hecho de que el administrador pida individualmente el concurso, no evita que éste sea decretado como *necesario*<sup>38</sup> y, consecuentemente,

---

<sup>36</sup> CREIMER BAJUK, *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008* (2009), p. 25.

<sup>37</sup> Art. 201, § 2, LC: «(Sentencia de calificación). La sentencia que declare culpable al concurso tendrá el siguiente contenido:

1. La declaración del concurso como culpable, con expresión de la causa o de las causas en que se fundamente la calificación.

2. La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como de las personas declaradas cómplices.

3. La inhabilitación del deudor o de los administradores o liquidadores, aun de hecho, y miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora para administrar los bienes propios o ajenos por un período de cinco a veinte años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. Las inhabilitaciones se inscribirán en el Registro Nacional de Actos Personales.

4. La pérdida de cualquier derecho que tuvieran los cómplices como acreedores concursales y la condena a reintegrar los bienes y derechos que pertenecieran a la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia.

En el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

Las disposiciones sobre calificación del concurso se establecen sin perjuicio de las normas penales que correspondiera aplicar, en caso de que alguno de los involucrados hubiera incurrido en conductas delictivas tipificadas por las referidas normas.»

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*, 2ª ed. (2011), p. 62.

no lo exonera de las posibles consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable<sup>39</sup>.

### *c. Legislación argentina*

En la legislación argentina, la presentación de la solicitud de concurso debe ser decidida por el directorio u órgano de administración y efectuada por el representante legal o el órgano de representación<sup>40</sup>. Si se trata de una sociedad anónima, tal como establece el art. 268 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de 1972 (LSCA), firmará la demanda el presidente del directorio<sup>41</sup>. Si se trate de una sociedad de responsabilidad limitada la representará su gerente (art. 157 LSCA)<sup>42</sup> y el comanditado en las sociedades en comandita simple o por acciones (art. 136 LSCA)<sup>43</sup>.

Dentro de los treinta días de presentada la solicitud de concurso, se debe acompañar constancia de la asamblea o reunión de socios, con la decisión de

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit.

<sup>40</sup> MAFFÍA, *Manual de concursos*, t. 1 (1997) p. 121; MORO, *Ley de Concursos, Comentada, anotada y concordada*, t. 1 (2005), p. 108.

<sup>41</sup> Art. 268 LSCA: «*La representación de la sociedad corresponde al presidente del directorio. El estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores. En ambos supuestos se aplicará el artículo 58.*»

<sup>42</sup> Art. 157, § 1, LSCA: «*La administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente. podrá elegirse suplentes para casos de vacancia.*»

<sup>43</sup> Art. 136, § 1, LSCA: «*La administración y representación de la sociedad es ejercida por los socios comanditados o terceros que se designen, y se aplicarán las normas sobre administración de las sociedades colectivas.*»

continuar el trámite concursal. Si así no se procede, se tendrá por desistido el concurso (art. 6 LCA)<sup>44</sup>.

No basta que se haya tomado la decisión de ratificar la petición de declaración de concurso en la asamblea o por la reunión de socios. Es menester que tenga explicitación judicial a través del expediente. Por lo tanto, en el término referido, los administradores deben presentar la constancia ante el juzgado en que se tramita el concurso<sup>45</sup>.

El plazo para la presentación de la constancia con la ratificación de la decisión de solicitar el concurso corre automáticamente desde la presentación de dicha solicitud. No se suspende por el rechazo inicial del pedido por el juez, aunque los autos se estén tramitando en la alzada como consecuencia de la apelación del auto denegatorio del concurso<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 6 LCA: «*Personas de existencia ideal. Representación y ratificación. Tratándose de personas de existencia ideal, privadas o públicas, lo solicita el representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración.*

*Dentro de los treinta (30) días de la fecha de la presentación, deben acompañar constancia de la resolución de continuar el trámite, adoptada por la asamblea, reunión de socios u órgano de gobierno que corresponda, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios.*

*No acreditado este requisito, se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento, con los efectos del desistimiento de la petición.»*

<sup>45</sup> SCNCom, Sala A, n° 103.478, de 19 de noviembre, «Intención SA s/Conc. prev.» (LL, 2002-B-547); SCCC, Concordia, Entre Ríos, n° 19.452, de 20/3/2000, «Playmotor SRL s/Concurso preventivo, pieza separada» (Zeus, 85-R-519).

<sup>46</sup> SCCC, Rosario, Santa Fe, Sala IV, n° 10.447 de 9/11/1994, «Incor Sur SRL s/concurso preventivo» (Zeus, 68-J-416).

## *C. Funciones relacionadas con la responsabilidad de los administradores por el déficit concursal*

### **1. Convocatoria de la junta de accionistas para resolver la disolución y deber de solicitar la disolución judicial**

Entre las funciones atinentes al gobierno institucional importa señalar que en la eventualidad de que se verificara una causal de disolución, el administrador debe convocar a la junta para que ésta pueda adoptar el acuerdo de disolución o remueva la causa de disolución<sup>47</sup>. Si la junta no adopta resolución en uno u otro sentido, por la razón que fuere, el administrador debe promover la disolución él mismo<sup>48</sup>.

#### *a. Causales legales de disolución*

Las causas legales de disolución se encuentran previstas en el art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital española (LSCE)<sup>49</sup>, en el art. 159 de la LSC<sup>50</sup> y en el

---

<sup>47</sup> La posibilidad de que la junta elimine o remueva la causa de disolución, está aludida en el art. 363.I.d de la LSCE. En dicha disposición se condiciona la existencia de la causa por pérdidas a que el capital social se aumente o se reduzca en la medida suficiente.

<sup>48</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), p. 1046.

<sup>49</sup> Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo n° 1, de 2/7/2010.

<sup>50</sup> Art. 159 LSC: «(Causas). *Las sociedades se disolverán:*

- 1) *Por decisión de los socios de acuerdo a lo establecido en cada tipo social.*
- 2) *Por la expiración del plazo.*
- 3) *Por el cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia.*
- 4) *Por la consecución del objeto social o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo.*
- 5) *Por la decisión judicial de liquidación de la masa activa del concurso.*

art. 94 de la LSCA<sup>51</sup>. En términos generales coinciden en las siguientes: por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o consecución del objeto social; por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su

---

6) *Por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.*

7) *Por fusión o escisión en los casos previstos por la ley.*

8) *Por reducción a uno del número de socios según se dispone en el artículo 156.*

9) *Por la imposibilidad de su funcionamiento, por la inactividad de los administradores o de los órganos sociales o por la imposibilidad de lograr acuerdos sociales válidos; sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 184.*

10) *Por la realización continuada de una actividad ilícita o prohibida o por la comisión de actos ilícitos de tal gravedad que se desvirtúe el objeto social.*

11) *En los demás casos establecidos por la ley.»*

<sup>51</sup> Art. 94 LSCA: «*La sociedad se disuelve:*

1) *Por decisión de los socios;*

2) *Por expiración del término por el cual se constituyó;*

3) *Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;*

4) *Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;*

5) *Por pérdida del capital social;*

6) *Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio;*

7) *Por su fusión en los términos del artículo 82;*

8) *Por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas;*

9) *Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo;*

10) *Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.»*

funcionamiento; por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo de una determinada proporción con el capital; por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

En la LSCE, la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá, además, por la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos, y en caso de que el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años. La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse, también, por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

En las legislaciones uruguayo y argentina se incluyen, también, como causales de disolución, la decisión de los socios de acuerdo a lo establecido en cada tipo social; la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición a la que se subordinó la existencia de la sociedad; la decisión judicial de liquidación de la masa activa del concurso (LSC) o por la declaración en quiebra (LSCA); la fusión o escisión<sup>52</sup>; la reducción a uno del número de socios y la realización

---

<sup>52</sup> La fusión y la escisión, dependiendo de la modalidad que asuman, implican la disolución de todas o algunas de las sociedades que participan. El art. 115 de la LSC, respecto a la fusión, establece: «*Fusión. Concepto*). Habrá fusión por creación cuando dos o más sociedades se disuelvan sin liquidarse y transmitan sus patrimonios, a título universal, a una sociedad nueva que constituyan.

*Habrá fusión por incorporación cuando una o más sociedades se disuelvan sin liquidarse y transmitan sus patrimonios, a título universal, a otra sociedad ya existente.*

*En las dos modalidades, los socios o accionistas de las sociedades fusionadas recibirán en compensación, participaciones, cuotas o acciones de la sociedad que se cree o de la incorporante.»*

continuada de una actividad ilícita o prohibida o la comisión de actos ilícitos de tal gravedad que se desvirtúe el objeto social (LSC).

***b. Plazo para solicitar la disolución***

En la legislación española, una vez detectada una causa de disolución, los administradores disponen de dos meses para convocar una junta general donde se contemple como punto del orden del día la disolución de la sociedad. Si, llegado el día de la junta, no se logra el acuerdo social o éste es contrario a la disolución, comienza a correr un segundo plazo de otros dos meses para que el administrador solicite la disolución judicial de la sociedad<sup>53</sup>.

***c. La solicitud de disolución como carga de los administradores***

Es evidente que, en caso de que concurra alguna causa de disolución, la LSCE procura un rápido expediente que conduzca a la eliminación del tráfico de la sociedad afectada, con el fin de que no se mantengan en una especie de limbo, con el consecuente riesgo para terceros<sup>54</sup>. En el art. 367 de la LSCE se establece que la falta del debido cumplimiento de esta función, acarrea la responsabilidad solidaria de los administradores, por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución<sup>55</sup>.

---

Y, respecto a la escisión, el art. 116 dispone: *«(Escisión. Concepto). Habrá escisión cuando una sociedad se disuelva sin liquidarse y transmita cuotas partes de su patrimonio, a título universal, a sociedades que se creen.*

*También habrá escisión cuando la sociedad, sin disolverse, transmita cuotas partes de su patrimonio, a título universal, a una sociedad o a sociedades que se creen.*

*Los socios o accionistas de la sociedad escindida recibirán participaciones sociales o acciones de todas o algunas de las nuevas sociedades.»*

<sup>53</sup> BATALLER GRAU, «La disolución», *La liquidación de las sociedades mer-cantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2011), pp. 73 y 74.

<sup>54</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, op. cit., p. 1045.

<sup>55</sup> Esta disposición refunde los arts. 262 de la LSA y 105 de la LSRL, en la redacción dada por la modificación establecida en las disposiciones finales 20 y 21 de la LCE. El origen de estas

En cambio, la LSC y la LSCA no establecen que la disolución de la sociedad sea un deber específico de los administradores que le pudiera entrañar responsabilidad, según se analiza en la tercera parte de esta tesis, al referirnos a la responsabilidad societaria de los administradores en la legislación uruguaya. Lamentablemente, no existiendo una norma que establezca la responsabilidad de los administradores por la omisión en tomar los recaudos necesarios para que la sociedad sea disuelta, en Uruguay y Argentina existen muchísimas sociedades que, si bien han sido clausuradas ante los organismos administrativos de contralor fiscal, nunca son disueltas. No obstante, entendemos que, si a pesar de la existencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado (art. 159, n° 6, LSC) y ante la omisión de los socios en acordar la disolución, el administrador no promueve judicialmente la declaración de la disolución (art. 162 LSC), eventualmente, estaría agravando culpablemente la insolvencia de la sociedad, de lo que se derivaría la calificación culpable del concurso (art. 193 LC).

## **2. Convocatoria de la junta para resolver la promoción del concurso y deber de solicitar el concurso de la sociedad administrada**

Según lo dispuesto en el art. 3.1 de la LCE, la competencia para «*decidir*» sobre la solicitud de concurso, si el deudor fuere persona jurídica, la tiene el

---

normas se atribuye al art. 17 de la Segunda Directiva, a pesar de que el texto comunitario sólo imponía el deber de convocar a la junta para disolver o adoptar medidas en caso de pérdidas graves en el capital, sin vincular el incumplimiento con la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales. La responsabilidad dispuesta por estas normas, es similar a la establecida en el art. 2449 del CC italiano, que impone a los administradores una responsabilidad ilimitada y solidaria, por los negocios emprendidos cuando concurre alguna causa de disolución de la sociedad (PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency* [2004], p. 6).

«*órgano de administración o de liquidación*»<sup>56</sup>. Si el órgano de administración consiste en un consejo, la decisión debe tomarse de forma colegiada.

***a. La convocatoria a junta y el deber de solicitar el concurso como carga individual de los administradores***

El art. 365.1 de la LSCE dispone que los administradores tienen el deber de convocar a la junta, si fuera insolvente la sociedad, para que ésta tenga la oportunidad de instar el concurso. El art. 367.1 de la LSCE establece una responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa legal de disolución, entre otras causales, si éstos no solicitaren el concurso de la sociedad, habiendo mérito para ello.

Por lo tanto, si la sociedad fuere administrada por un consejo, el administrador que quiera salvaguardar su responsabilidad deberá comenzar por solicitar la convocatoria de una reunión del consejo, con el fin de informar a los restantes miembros y solicitar la adopción del acuerdo relativo a la convocatoria a la junta para que ésta inste el concurso (art. 365.1 LSCE) o relativo a la solicitud de declaración de concurso (art. 3.1 LCE). Si el acuerdo del consejo es contrario, el administrador debe no sólo dejar constancia de que se opuso al acuerdo, sino hacer «*todo lo conveniente para evitar el daño*». Esto, por un lado, supondrá informar a los posibles perjudicados y autoridades de control, e impugnar el acuerdo del consejo<sup>57</sup> pero, entendemos que el administrador debe hacer bastante más. En virtud de la responsabilidad que le impone el art. 367.1 de la LSCE, los administradores que integren un consejo tienen individualmente la carga de

---

<sup>56</sup> Esta norma es, en principio, contradictoria con el art. 365 de la LSCE, según el cual la solicitud del concurso depende de un acuerdo de la junta. La resolución de promover el concurso de la propia sociedad excede la gestión ordinaria de la sociedad y, por lo tanto, la competencia es exclusiva de la junta. En nuestra opinión, la referencia de la LCE a la «*decisión*» del órgano de administración sería una referencia infeliz a la función de ejecución que este órgano evidentemente debe cumplir, respecto a lo resuelto por la junta en cuanto a la solicitud del concurso de la sociedad.

<sup>57</sup> PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, id., p. 9.

solicitar el concurso, si hubiere mérito suficiente, so pena de convertirse en obligados solidarios por las obligaciones sociales<sup>58</sup>. Dicho de otra forma, consideramos que los administradores tienen el deber de solicitar el concurso siempre que exista insolvencia actual y aun cuando el acuerdo del consejo o de la junta haya sido contrario a tal solicitud, en tanto esto constituye una carga personal del administrador y no tanto solo una función del órgano de administración<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Durante la vigencia de la LSA, se planteaba la duda de si, en el caso de insolvencia concursal, los administradores cumplían su deber con la convocatoria de la junta general para que fuera ésta quien decidiera al respecto o si debían instar directamente el concurso con independencia de la junta, puesto que el art. 262.2 de la LSA establecía que los administradores «podrán» solicitar la declaración de concurso. Se entendía, entonces, que ante un supuesto de insolvencia *actual*, no cabía duda de que el deber de instar el concurso era independiente del deber de convocar a junta general. En cambio, si la insolvencia era solo inminente (art. 2.3 LCE) se consideraba que no existía un deber legal de solicitar la declaración del concurso y, consecuentemente, no se le podía aplicar a los administradores el supuesto de hecho del art. 165-1º de la LCE (SAP de Madrid, Sec. 28, de 10/9/2010 (ADCo 2011-2, p. 390). Vide: ALONSO y VIERA, «Responsabilidad concursal de administradores...», *Comentarios a la legislación concursal*, pp. 1432-1448; MARÍN, «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia...», *RDS*, nº 24, p. 108; PALÁ, «Disposición final vigésima y vigésima primera», *Comentarios a la legislación concursal*, pp. 1880-1903; PULGAR, «Las pérdidas societarias cualificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, pp. 44-58; VALENZUELA, *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, pp. 87 y 626; VEIGA, «La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales», *Derecho de sociedades*, t. 1, dir. LLEBARÍA, p. 385; VIÑUELAS, *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, pp. 42-44.

<sup>59</sup> Si los administradores consejeros solicitan el concurso de la sociedad a título personal estaríamos ante una hipótesis de concurso necesario, puesto que no se podría considerar que el concurso fue solicitado por la persona jurídica deudora, pero el administrador habría cumplido con el deber de solicitar el concurso y quedaría a salvo su responsabilidad.

En la LC, esta cuestión se encuentra resuelta de un modo, en nuestra opinión, más feliz, si se limita su lectura al art. 6. Esta disposición se refiere a quiénes están legitimados para presentar la solicitud de concurso, en lugar de establecer a qué órgano le corresponde decidir la presentación de una solicitud de concurso. Dispone, para ello, lo obvio: la solicitud deberá ser realizada por los órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para hacer la solicitud (art. 6 LC)<sup>60</sup>.

En su art. 10<sup>61</sup>, al referirse a la obligación de solicitar el concurso, la LC establece que, en el caso de las personas jurídicas, la obligación recae sobre cada uno de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control

---

<sup>60</sup> Art. 6 LC: «(Legitimación para solicitar la declaración de concurso). Pueden solicitar la declaración judicial de concurso:

1. El propio deudor. En el caso de personas jurídicas, la solicitud deberá ser realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud.

2. Cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido.

3. Cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, aun cuando carezcan de facultades de representación, y los integrantes del órgano de control interno.

4. Los socios personalmente responsables de las deudas de las sociedades civiles y comerciales.

5. Los codeudores, fiadores o avalistas del deudor.

6. Las Bolsas de Valores y las Instituciones Gremiales de empresarios con personería jurídica.

7. En el caso de la herencia, podrá además pedirlo cualquier heredero, legatario o albacea.»

<sup>61</sup> Art. 10 LC: «(Obligación de solicitar el concurso). El deudor tendrá la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En el caso de las personas jurídicas, la obligación recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

*En el caso de las personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que dicho conocimiento se produjo en la fecha en que preparó o debió haber preparado estados contables.»*

interno. La contradicción con el art. 6 es evidente, puesto que cada uno de los administradores no necesariamente constituirá el órgano de representación de la sociedad y que ciertamente en ningún caso lo constituirán los integrantes del órgano de control interno.

La incongruencia entre el art. 6 y el art. 10 se explica recurriendo a la lectura del texto que le sirviera de fuente, la PALC. En el § 1 de su art. 10, la LC reproduce el art. 6.2 de la PALC, que establece que si el deudor fuera persona jurídica, el cumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial del concurso, corresponderá a cada uno de los administradores y liquidadores. A esta disposición sólo le agrega, como alcanzados por el deber de solicitar el concurso, a los integrantes del órgano de control interno.

En el n° 1 de su art. 6, en cambio, la LC se aparta de su fuente. El 4 de la PALC se limita a establecer la legitimación para solicitar el concurso del deudor y cualquiera de sus acreedores, sin perjuicio de que, en el caso de las personas jurídicas, atribuye legitimación a los administradores, liquidadores, socios personalmente responsables y aquellos que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social. No establece la PALC quién está legitimado para representar a las personas jurídicas deudoras, se limita a referirse a quienes están legitimados para solicitar el concurso. Por su parte, la LC, al referirse a la legitimación del deudor para solicitar el concurso, en el art. 6 realiza una aclaración que excede las previsiones de su fuente: requiere que la solicitud sea realizada por el órgano que tenga la facultad de representación o por un apoderado con facultades expresas. Esto es, el legislador uruguayo, puesto a aclarar a quién le corresponde la legitimación para representar a una persona jurídica, en el caso de que ésta quiera solicitar su propio concurso – aclaración innecesaria, además – incurre en una contradicción en la que no incurría su fuente.

Dentro de lo confuso del panorama que nos ofrece la LC y buscando una interpretación que lo dote de sentido, consideramos que la cuestión de cuál es el órgano competente en una persona jurídica, para resolver la presentación de una

solicitud de concurso, debe ser resuelta en el ámbito regulatorio propio de la persona jurídica de que se trate, con independencia de la consideración de cuál es el órgano con competencia para representar a la persona jurídica frente a terceros, así como eventuales deberes que la legislación haga recaer directa e individualmente sobre la persona de los administradores.

Desde esta perspectiva, entendemos que la competencia para resolver solicitar el concurso no le corresponde al órgano de administración, por cuanto no se trata de un acto de gestión ordinaria. Este tipo de resoluciones debe ser tomado por los socios, pues afecta directamente sus intereses y la supervivencia de la sociedad misma.

Si la deudora es una sociedad anónima, una vez advertida la situación de insolvencia, corresponde que el órgano de administración convoque inmediatamente a asamblea. El art. 342 de la LSC prevé que la asamblea general ordinaria pueda asumir competencia en cualquier medida relativa a la gestión de la sociedad que someta a su decisión el administrador o el directorio y el art. 343 dispone que la asamblea general extraordinaria puede entender en cualquier asunto de competencia de la ordinaria, que sea necesario resolver urgentemente. En nuestra posición, cualquiera de estas asambleas, a instancias del órgano de administración, es el órgano competente para resolver la presentación de una solicitud de concurso, sin perjuicio de que la solicitud sea, luego, realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud (art. 6 LC).

Si la persona jurídica deudora fuese una sociedad comercial, la representación de la sociedad le corresponde a los administradores, salvo que la Ley o el contrato atribuyan dicha función a alguno o algunos de ellos o establezcan otro sistema para la actuación frente a terceros (art. 79). En particular, para las sociedades colectivas, el art. 210 de la LSC establece que, si nada se hubiera previsto, se entenderá que cada uno de los administradores, indistintamente, puede realizar cualquier acto de representación de la sociedad. En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, su representación le podrá

corresponder a una o más personas, socias o no, designadas en el contrato social o posteriormente (art. 237). En el caso de las sociedades anónimas, el administrador o el presidente del directorio, representan a la sociedad, salvo pacto en contrario (art. 376). Si la sociedad fuera irregular o de hecho, cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 38). Si la sociedad estuviere en liquidación, los liquidadores ejercerán la representación de la sociedad (art. 175).

### ***b. Plazo para solicitar el concurso***

La solicitud debe ser presentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera conocido o debido conocer la insolvencia (art. 5.1 LCE). El art. 5 bis - añadido por la Ley 38/2011 – faculta a que, dentro del plazo referido, se ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso, que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En este caso, transcurridos tres meses de la comunicación, se deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente salvo que, para entonces, no se encontrara en estado de insolvencia.

Para alguna doctrina, el *dies a quo* del plazo para solicitar el concurso coincidirá con la confección de las cuentas anuales, salvo que se acredite por un balance de comprobación trimestral (art. 28 CCom) u otro medio, un conocimiento previo a dicha fecha<sup>62</sup>. Otros autores observan que la Ley mercantil impone a los administradores el deber de llevar la contabilidad día a día, por lo que la situación de insolvencia, cuando se produce, debe ser conocida por los administradores inmediatamente<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> MUÑOZ PAREDES, «La calificación del concurso: sentencia de calificación y responsabilidad concursal», *Tratado judicial de la insolvencia*, dir. PRENDES CARRIL y MUÑOZ PAREDES (2012), t. 2, p. 1885-2012.

<sup>63</sup> DE MIQUEL BERENGUER, *La pieza de calificación en el concurso de acreedores...* (2012), p. 73.

## II. Aspectos que distinguen al administrador de derecho del administrador de hecho

Al constituir una sociedad se crea una organización que será sencilla si la sociedad es personalista o será más compleja si es de tipo capitalista. En todo caso, los fundadores deben incluir en el acto constitutivo<sup>64</sup>, un mínimo de organización del ente jurídico, para lo que deberán determinar quién desempeñará la función de gobierno de la sociedad, dirigirá internamente la gestión de los asuntos sociales y representará a la sociedad en sus relaciones con sus socios y con los terceros. Esta persona es el administrador<sup>65</sup>.

### *A. El administrador de derecho como integrante formal del órgano de administración*

La integración del órgano de administración supone un acto de designación formal, sea al constituir la sociedad o posteriormente por un acuerdo de los socios o en asambleas, según el tipo de sociedad de que se trate. Este es un requisito necesario para que un sujeto pueda ser considerado como *administrador de derecho*. En general, la doctrina considera como tal a aquél que, habiendo sido designado conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social

---

<sup>64</sup> En defecto de lo dispuesto por los fundadores y, algunas veces, sobreponiéndose a lo que estos determinen en el acto constitutivo, las leyes societarias contienen previsiones respecto a la organización de la sociedad. Así, por ejemplo, en la LSCE los arts. 159-252, 446-449, 476-494, establecen el régimen aplicable e los órganos sociales. Del mismo modo, la LSC dedica a esta cuestión sus arts. 79-86, 200-209, 215-217, 221, 222, 237-242, 340-408, 477-480 y 487.

<sup>65</sup> Desde el punto de vista semántico, la voz *administrador* proviene del latín *ad manus traere*, que significa «entregar a la mano de». En la legislación española se utiliza esa expresión, en forma genérica, para designar a toda persona que integra el órgano de administración. La expresión *consejeros* se utiliza para especificar que los administradores integran un órgano colegiado. En la LSC, sin perjuicio de denominarlos, también, genéricamente como administradores sociales, se les llama *directores*, si se trata de los integrantes del órgano de administración colegiado de una sociedad anónima (*directorio*).

competente, ha aceptado dicha designación, la misma ha sido debida y oportunamente inscrita en los registros públicos, y se encuentra vigente<sup>66</sup>.

Esta figura es perfectamente reconocible e identificable en el tráfico jurídico. Basta acudir al correspondiente registro para conocer la identidad concreta de la persona a quien se encomienda las funciones relacionadas al cargo de administrador<sup>67</sup>. De acuerdo con la legislación uruguaya, el nombramiento del administrador, director o representante por acto distinto del estatuto, así como su cese o revocación, debe inscribirse en el Registro Nacional de Comercio (RNC)<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Vide, por todos, ALONSO ESPINOSA, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital...* (2006), p. 121; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, p. 35; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación...», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5 (2005), pp. 4935 y 4936; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta «de lege ferenda»* (2005), p. 328; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Monografía asociada a la *RDCP*, n° 8 (2008), p. 121. Esta definición es admitida, también, en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, SJM 1 de Sevilla, de 13/6/2007 (*ADCo*, 13, 2008, p. 431).

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría* (2007), p. 279.

<sup>68</sup> El art. 86, § 1, de la LSCE, en la redacción dada por la Ley 17.904 establece: «*Todo nombramiento de administrador, director o representante por acto distinto del contrato o estatuto social, así como su cese o revocación deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio.*»

El § 3 establece: «*La actuación de sociedades con administradores, representantes o directores no inscritos, hará inoponible el acto o contrato de que se trate. (Art. 54 de la Ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997).*»

### ***B. Falta de integración formal y vigente del órgano de administración como presupuesto de la administración de hecho***

En la concepción más restringida de administrador de hecho, es necesario un acto cualquiera de nombramiento y que éste sea irregular, nulo o tácito. Sin nombramiento no sería correcto referirse al sujeto en análisis como administrador de hecho, ni extenderle la responsabilidad que le corresponde a los administradores de derecho<sup>69</sup>.

Esta concepción ha sido superada. En general, la doctrina actual admite como administrador de hecho a quien no integra formalmente el órgano de administración. No fue designado en la forma que corresponde de acuerdo con la Ley y el contrato social o, habiendo sido designado, no reúne las cualidades requeridas para el cargo o presentan alguna incompatibilidad o inhibición<sup>70</sup>.

También, se considera como administrador de hecho aquel que continúa ejerciendo la función de administración luego de culminado el plazo para el que fue designado o luego de haber sido aceptada su renuncia o luego de haber sido removido de su cargo. En puridad éste ya no es un administrador. Sin embargo, si continúa ejerciendo el cargo, habrá de considerársele como administrador de hecho.

### **III. Asimilación del administrador de hecho al administrador de derecho**

El administrador de derecho está sujeto a un estatuto jurídico que, por un lado, le atribuye determinadas facultades pero, por otro, le impone el cumplimiento riguroso de las funciones propias del cargo y le sujeta a graves

---

<sup>69</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), pp. 978 y 979.

<sup>70</sup> BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36 (2006), p. 552; ESPINÓS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles* (2005), p. 54; SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas, el órgano de administración*, p. 73.

responsabilidades. La aplicación a los administradores de hecho del estatuto del administrador de derecho y otras disposiciones relacionadas con éste es obvia cuando las normas legales así lo prevén expresamente. Analizaremos, a continuación, qué alternativas ha indicado la doctrina cuando no existe una previsión legal expresa que consagre la asimilación del administrador de hecho al administrador de derecho, por ser relevante en el caso de la LSC.

***A. Régimen aplicable a los administradores de hecho en caso de inexistencia de disposiciones expresas que admitan su asimilación a los administradores de derecho***

Cuando la legislación no contiene una disposición que haga referencia expresa a los administradores de hecho, se abren dos vías interpretativas. Una primera vía supone considerarlo un tercero respecto a la sociedad, lo que conduciría inexorablemente a aplicar los criterios generales de la legislación respecto a la responsabilidad civil. Una segunda vía, supone vincularlo a la sociedad administrada, sea porque se considera que el administrador de hecho ha sido tácitamente designado o porque se define quién es administrador con base en la función que el sujeto realiza, en lugar de atender a su designación formal.

**1. El administrador de hecho como tercero**

En doctrina se ha postulado que, si la legislación carece de una disposición expresa que sujete a los administradores de hecho al mismo régimen que los administradores de derecho, la responsabilidad de los primeros se debe regir por los criterios generales respecto a la responsabilidad extracontractual<sup>71</sup>, ya que no tendría ésta ningún deber concreto preexistente, sea de origen contractual o legal ni con la sociedad y sus socios, ni mucho menos con terceros<sup>72</sup>. Se alude, también, a que la responsabilidad del administrador de hecho podría fundarse en los efectos

---

<sup>71</sup> Art. 1319 CC.

<sup>72</sup> FERREIRA TAMBORINDEGUY, «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo...», *Estudios jurídicos*, n° 1 (2006), p. 210.

de la apariencia, en la aplicación del principio de buena fe o en atención a la concurrencia de culpas en el daño ocasionado<sup>73</sup>.

Se funda esta opinión en el entendido de que el administrador de hecho, aunque ejerza la función de administración, es un tercero respecto a la sociedad, con la cual no tiene más que vínculos fácticos. El régimen de responsabilidad previsto para los administradores de derecho, en tanto es un régimen excepcional, no sería extensible por analogía<sup>74</sup>.

Se ha propuesto, también, que la responsabilidad del administrador de hecho sea una consecuencia de su configuración como garante del administrador de derecho, bajo el entendido de que éste es su dependiente. Esta propuesta reposa en dos pilares: un concepto amplio de dependencia y la no taxatividad del elenco de casos de responsabilidad por hecho ajeno<sup>75</sup>.

## 2. Legislación aplicable a los administradores de sociedades

Buena parte de la doctrina ha considerado preferible la aplicación al administrador de hecho de la misma normativa que rige al administrador de derecho, con diversos fundamentos<sup>76</sup>.

En términos generales, se ha argumentado que el administrador de hecho debe ser asimilado al administrador de derecho, por cuanto su ejercicio de la función de administración en forma consentida por los socios – lo cual constituye uno de los requisitos para que se pueda entender que se está frente a un

---

<sup>73</sup> GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* (1996), p. 89.

<sup>74</sup> FERREIRA TAMBORINDEGUY, op. cit., pp. 201-213; GARRETA SUCH, op. cit., p. 89.

<sup>75</sup> BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36 (2006), p. 560.

<sup>76</sup> OLIVERA GARCÍA, ponencia, *Jornadas de Derecho Comercial en Homenaje a Nuri Rodríguez Olivera* (2005); QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (1985), p. 331; MARTORELL, *Los directores de las sociedades anónimas: derechos, obligaciones, responsabilidades*, p. 196.

administrador de hecho – presupone una designación tácita. Se ha argumentado, también, que la definición de administrador debe realizarse desde una perspectiva objetiva o funcional de la administración y que, en última instancia, la legislación regula la responsabilidad *por la administración*, siendo indiferente que quien la realice sea formalmente administrador o lo sea de hecho<sup>77</sup>.

Otros fundamentos varían según se trate de un administrador de hecho notorio o de un administrador de hecho oculto. La caracterización de uno y otro la analizaremos, más adelante, al analizar la tipología de los administradores de hecho.

En el caso del administrador de hecho notorio, la asimilación al administrador de derecho, a todos los efectos, a falta de normas expresas que así lo dispongan, se funda en la teoría de la apariencia. Según esta teoría, la apariencia es generadora de legitimación en aquellos casos en que se verifican las circunstancias siguientes: que la situación de hecho sea objetivamente idónea para hacer incurrir en el error de creer que un sujeto está legitimado; y una actuación diligente de quienes incurren en error<sup>78</sup>. Aplicando esta teoría al ámbito de la administración de sociedades, se considera que si una persona desarrolla ostensiblemente una función que en concreto debería haber sido desarrollada por el administrador de derecho, le deben ser aplicadas las mismas normas que a éste<sup>79</sup>. El sometimiento del administrador de hecho al mismo régimen que el

---

<sup>77</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. 3.1 *L'impresa. Le società in genere. Le società di persone*, 4ª ed. (2004), p. 252.

<sup>78</sup> BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36, p. 556.

<sup>79</sup> FRANZONI, *Tratatto...* (2000), pp. 991 y 992.

administrador de derecho fundado en la apariencia, se justifica en protección de la seguridad jurídica<sup>80</sup>.

La legitimación aparente del administrador de hecho notorio opera en beneficio del tercero que ignora de buena fe la realidad. Consecuentemente, según la posición en análisis, su responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros, se debe regir por las mismas reglas que la del administrador de derecho<sup>81</sup>.

En el caso de los administradores ocultos, a falta de disposiciones expresas, la aplicación del régimen previsto para los administradores de derecho encuentra su justificación en la existencia de una simulación en fraude de terceros. Si hay un acuerdo para ocultar la realidad, aparentando que la administración se ejerce por alguien que en verdad es un mero instrumento de quien de hecho la tiene y cuyas directivas cumple, podría concluirse que estamos en el marco de la simulación relativa subjetiva<sup>82</sup>.

El fundamento de la aplicación del régimen de los administradores de derecho se encuentra, también, en la doctrina del fraude a la Ley. Sería el caso en que la ocultación de quienes de hecho ejercen la administración, mediante actos formalmente lícitos – la designación formal de un administrador de derecho – tenga por objeto evitar la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad de los administradores a quienes realmente toman las decisiones. Desconocer el fraude a la Ley, en aras de preservar la formalidad exigida legalmente para la integración del órgano de administración, implicaría favorecer la maniobra<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS (2010), p. 2370.

<sup>81</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 557.

<sup>82</sup> BLENGIO MASSOLO, id., p. 558.

<sup>83</sup> BLENGIO MASSOLO, id. ibid.

## ***B. Consecuencias de la sujeción de los administradores de hecho al estatuto de los administradores de derecho***

Sea porque se adhiera a la posición mayoritaria en cuanto a la equiparación de los administradores de hecho a los administradores de derecho, o sea porque así lo disponen normas expresas, la sujeción de aquéllos al estatuto propio de estos tiene dos consecuencias básicas. En primer lugar, se reconoce que sus actos despliegan la misma eficacia que los realizados por un administrador de derecho. En segundo lugar, se les aplica a los administradores de hecho el mismo régimen de responsabilidad que se encuentra previsto para los administradores de derecho.

### **1. Reconocimiento de la eficacia de los actos realizados por el administrador de hecho**

En el caso del administrador de hecho notorio – categoría que analizaremos en el capítulo dedicado a la tipología de la administración de hecho – como, por ejemplo, sucede con el administrador cesado, dimitido, con cargo caducado o designación nula, que continúa en funciones, su categorización como administrador de hecho implica atribuirle eficacia a sus actos, tanto frente a la propia sociedad y sus socios, como frente a terceros<sup>84</sup>.

En general, la categorización como administrador de hecho a quienes aparentan ser los administradores de derecho, contribuye a la seguridad del relacionamiento de terceros con la sociedad y le impide a ésta desconocer las obligaciones contraídas por quien notoriamente aparecía como su administrador.

### **2. Responsabilidad**

Cuando los administradores actúan en el marco de la Ley, diligentemente y dentro de los límites del objeto social, no contraen responsabilidad personal por el cumplimiento de actos de gestión y representación. Las consecuencias de sus actos recaen en la sociedad administrada. No obstante, como contrapartida de las

---

<sup>84</sup> NISSEN, *Impugnación de actos y decisiones assemblearias* (1989), p. 65.

funciones que se les atribuyen, los administradores se encuentran sometidos a un estatuto que les impone diversos deberes y un régimen severo de responsabilidad.

En el caso de los administradores ocultos e indirectos, la relevancia de su categorización como administradores de hecho proviene de la necesidad de evitar que eludan la sujeción al estatuto del administrador, que hubiera correspondido en caso de haber asumido formalmente la administración de la sociedad. Quedan sujetos, entonces, en general, al deber de llevar adelante todas las actividades necesarias para la consecución del objeto social y, en especial, al cumplimiento de diversos deberes concretos.

En el caso de los administradores de hecho notorios, nadie que sea demandado por haberse desempeñado efectivamente en tal carácter puede pretender exculparse, por aplicación de la teoría de los actos propios<sup>85</sup>. Sería sorprendente pretender eximirse del cumplimiento de los deberes inherentes al estatuto del administrador por no mediar acto formal de designación, cuando con anterioridad se operó siempre como si éste hubiere sucedido<sup>86</sup>.

Los administradores de hecho, tanto ocultos o indirectos como notorios, en nuestra opinión, deben asumir responsabilidad, tal como el administrador de derecho, cuando en la gestión de los negocios sociales y en la representación de la sociedad incurran en la violación de disposiciones legales o contractuales o actúen con deslealtad o sin la diligencia debida. En lo que interesa particularmente para este estudio, se impone a los administradores de derecho y de hecho, su actuación como la diligencia de un *ordenado empresario* – tal como se establece en el art. 225 de la LSCE – o de un *buen hombre de negocios* – en los términos del art. 83 de la LSC<sup>87</sup> y del art. 59 de la LSCA<sup>88</sup> - y, consecuentemente,

---

<sup>85</sup> MARTORELL, *Los directores...* (1990), p. 198.

<sup>86</sup> FARGOSI y FARGOSI, «Notas sobre los administradores de hecho», *LL*, 1987 E, p. 3.

<sup>87</sup> Art. 83 LSC: «(Diligencia y responsabilidad de los administradores y representantes). Los administradores y representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente

son responsables por la mala gestión de los negocios sociales. La consideración de esta responsabilidad es crucial cuando la sociedad que se administra se encuentra en una situación de insolvencia.

Parece existir consenso en que, en términos generales, entre los administradores de derecho y los de hecho, la responsabilidad es solidaria. En cuanto a los primeros, la responsabilidad surge del hecho de haber consentido que actuaran como administradores, sujetos que carecían de la legitimación necesaria, lo cual implica una violación del deber de diligencia que les impone la legislación societaria<sup>89</sup>.

### ***C. Responsabilidad de los administradores de hecho en caso de insolvencia de la sociedad***

En caso de insolvencia de la sociedad administrada, los administradores de hecho pueden quedar sometidos a las mismas responsabilidades que los de derecho, si incumplen su deber de convocar a la asamblea, de solicitar ellos mismos la disolución judicial de la sociedad o, si procediere, el concurso de la sociedad (art. 367 LSCE). Sin perjuicio de lo que exponemos al analizar la responsabilidad por déficit concursal, haremos algunas consideraciones introductorias en los numerales siguientes.

---

*responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.*

*El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño.»*

<sup>88</sup> Art. 59 LSCA: «Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.»

<sup>89</sup> MARTORELL, *Los directores...*, p. 197.

## **1. Extensión del deber de convocar a asamblea y solicitar judicialmente la disolución a los administradores de hecho**

En el art. 367 de la LSCE se establece que los administradores responderán solidariamente por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, si incumplen la obligación de convocar en el plazo de dos meses a la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución. También, se dispone la misma responsabilidad de administradores si no solicitan la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Ni en la LSC, ni en la LSCA, se impone expresamente a los administradores la obligación de solicitar la disolución. No obstante, estarían legitimados para convocar a una reunión de socios o asamblea que así lo resuelva y hasta, eventualmente, solicitar judicialmente ellos mismos la disolución (art. 162 LSC)<sup>90</sup>. Podría, entonces, considerarse que, si existiendo una causal de disolución el administrador no realiza los actos necesarios para que la sociedad efectivamente se disuelva o se declare su disolución, estaría actuando en forma contraria a la Ley o el estatuto, desempeñando mal su cargo y, eventualmente, incurriendo en una omisión dolosa o gravemente culpable (arts. 391 LSC y 274 LSCA).

La LSCE no especifica, en el art. 367, a diferencia de lo que sucede en otras de sus disposiciones, si esta responsabilidad alcanza al administrador de hecho. Alguna doctrina considera que la falta de un nombramiento válido priva al administrador de hecho de la legitimación necesaria para convocar a la asamblea para que adopte el acuerdo de disolución o solicitar la disolución cuando la junta

---

<sup>90</sup> El § 1 del art. 162 de la LSC dispone lo siguiente: «(Declaración judicial). Producida alguna de las causas de disolución y si los socios, de común acuerdo, no procedieran a hacerla efectiva, cualquiera de ellos o los terceros interesados, podrán solicitar la declaración judicial de disolución.»

no se haya constituido o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución<sup>91</sup>.

A nosotros, la referencia genérica a administradores, nos lleva a pensar que que deben considerarse alcanzados por esta responsabilidad, puesto que donde la Ley no distingue, no corresponde que lo haga el intérprete. Por lo demás, entendemos que el sujeto que de hecho administra la sociedad no puede eludir el cumplimiento de los deberes que la Ley impone a los administradores societarios, so pretexto de que no fue formalmente designado como tal. La función de convocar a la junta general para que ésta inste el concurso, sin perjuicio de integrar la competencia propia del administrador de derecho es, también, un deber que debe cumplir el administrador de hecho.

## **2. Extensión del deber de solicitar el concurso de la sociedad a los administradores de hecho**

Del mismo modo, entendemos que los administradores de hecho están alcanzados por el deber de solicitar, si procediere, el concurso de la sociedad (art. 367 LSCE).

Importa precisar, desde ya, que tanto en el n° 1 del art. 165 de la LCE, como en el art. 194 de la LC<sup>92</sup>, se establece como presunción relativa de dolo o culpa

---

<sup>91</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...* (2003), p. 975.

<sup>92</sup> Art. 194 LC: «(Presunciones relativas de culpabilidad). Se presume la existencia de culpa grave del deudor, salvo prueba en contrario, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración judicial de concurso.

2. Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de cooperación con los órganos concursales, no les hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiera asistido a la Junta de Acreedores.

3. Cuando el deudor hubiera incumplido con su obligación de preparar, en tiempo y forma, los estados contables anuales, estando legalmente obligado a ello.»

grave, la omisión de solicitar tempestivamente la declaración del concurso. La responsabilidad por el déficit que se derive de la calificación culpable del concurso motivada por la omisión en el cumplimiento de la carga de solicitar oportunamente el concurso alcanza a los administradores de hecho, a pesar de que las normas referidas no los mencionen expresamente. Entendemos que, en este caso, es innecesaria la referencia expresa a los administradores de hecho, puesto que se encuentran incluidos en la cláusula general del art. 164.1 de la LCE y del art. 192 de la LC.

Sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de instar el concurso nos extenderemos más adelante, al tratar la cuestión de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones sociales. Asimismo, insistiremos sobre el tema de la responsabilidad por el déficit en el supuesto de incumplimiento de esta carga, al estudiar las presunciones relativas de culpabilidad del concurso.

### **Nuestra opinión**

En caso de que una persona jurídica esté atravesando por dificultades, se presentará para los administradores de hecho y de derecho, una disyuntiva difícil de resolver, puesto que severas responsabilidades le esperan, eventualmente, cualquiera sea la opción por la que opte.

Por un lado, la diligencia de un *ordenado empresario* que le impone el art. 225 de la LSCE o del *buen hombre de negocios* a que se refiere el art. 83 de la LSC, conduce a que el administrador deba provocar el tratamiento de la cuestión de la promoción del concurso ante el órgano de administración, de modo de darle a la persona jurídica que administra, la oportunidad de tramitar un concurso voluntario. Sólo el agotamiento de la vía interna le permitirá salvar su responsabilidad frente a la sociedad, los socios o, eventualmente, los terceros, que podrían incoar contra el administrador la acción social de responsabilidad prevista en los arts. 238 a 240 de la LSCE y en los arts. 393 y ss. de la LSC.

A esto se le agrega que los arts. 165, n° 1, LCE y 194, n° 1, LC prevén como presunción relativa de culpabilidad que los administradores o liquidadores, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Luego, si

se declara la culpabilidad del concurso, la sentencia respectiva tendrá como contenido la inhabilitación de los administradores, aun de hecho, o liquidadores de la persona jurídica deudora, para administrar los bienes propios o ajenos por un período de dos a quince años (LCE) o cinco a veinte años en la (LC), así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período (art. 172.1, n° 2, LCE). A su vez, la sentencia de calificación podrá contener la condena a los administradores de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (art. 172.3 LCE).

Por otro lado, el administrador de hecho podría ser responsabilizado por los perjuicios causados a la sociedad deudora, por el carácter abusivo o por la falta de fundamento de la solicitud de concurso. Debe tenerse presente que el art. 8 de la LC<sup>93</sup> responsabiliza expresamente a los administradores – como al resto de los sujetos a quienes legitiman los n°s 2 a 7 del art. 6 - por los perjuicios causados al deudor por el carácter abusivo o por la falta de fundamento de la solicitud. Paradojalmente, además, la responsabilidad podrá fundarse en la falta de diligencia de un *ordenado empresario* o del *buen hombre de negocios* que, también, podría servir de fundamento a una condena de responsabilidad por su omisión en promover la oportuna disolución o concurso de la sociedad.

---

<sup>93</sup> Art. 8 LC: «(Solicitud de concurso por otros legitimados). Fuera de los casos de solicitud de la declaración de concurso por el propio deudor (numeral 1 del artículo 6°), los solicitantes, además de cumplir con lo dispuesto por los artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, deberán aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia.

*No podrá desistirse de la solicitud de declaración de concurso y los solicitantes del concurso serán responsables por los perjuicios causados al deudor por el carácter abusivo o por la falta de fundamento de la solicitud. El Juez podrá exigirles la constitución de contracautela por los perjuicios que su solicitud pudiera causar, estando eximidos de esta obligación los acreedores laborales.»*

## *Capítulo segundo: El concepto de administrador de hecho en la legislación, doctrina y jurisprudencia*

La irrupción del concepto de *administrador de hecho*, en principio, puede resultar llamativa, pues el Derecho cuenta con otras herramientas para impedir la elusión de responsabilidades: acciones por simulación, levantamiento del velo de la persona jurídica o protección de la apariencia creada por el tráfico<sup>94</sup>. Resulta evidente que, aun si por razones formales no fuera posible aplicar a los administradores de hecho las normas que las leyes atribuyen a los administradores de derecho, les resultarían aplicables las normas genéricas sobre responsabilidad<sup>95</sup>.

Sin embargo, se prefiere acudir al instrumento que brinda el concepto de *administrador de hecho*, bajo el argumento de que al asimilar la situación del administrador de derecho a la del administrador de hecho, es posible aplicarle a éste el régimen de aquél, más riguroso que el régimen general de responsabilidad. Por otra parte, el régimen general de responsabilidad difiere en detalles relevantes, del régimen aplicable a los administradores. Por ejemplo, el art. 1968 del Código Civil español (CCE) prevé un plazo de prescripción de un año, para las obligaciones derivadas de la culpa o la negligencia (desde que lo supo el agraviado); en cambio, el art. 949 del Código de Comercio (CCom) español fija un plazo de cuatro años respecto de la acción contra los socios, gerentes y administradores de las sociedades (a contar del día en que cesaren en el ejercicio de la administración). A su vez, el art. 237 de la LSCE establece que todos los miembros del órgano de administración responden solidariamente por el daño causado por la realización de actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los

---

<sup>94</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación del concurso», *Concurso e insolvencia punible*, coord. HERNÁNDEZ MARTÍ (2004), p. 494; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurso, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5 (2005), p. 4934.

<sup>95</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 35.

realizados incumpliendo los deberes que la Ley impone a los administradores<sup>96</sup>; la solidaridad prevista en el artículo referido, no es aplicable al daño de Derecho común, en el que prevalece el principio de división de la responsabilidad. La diligencia exigida a los administradores en el art. 225 de la LSCE (diligencia de un ordenado empresario)<sup>97</sup> o en el art. 83 LSC (buen hombre de negocios), no es la misma que la reclamada por el Derecho común (buen padre de familia). También, existen diferencias en cuanto a la legitimación: en tanto la legitimación activa para incoar una acción de responsabilidad social es atribuida, por los arts. 238, 239 y 240 de la LSCE, a la sociedad, los accionistas y los acreedores, en el régimen común sólo está legitimado quien sufrió directamente el daño<sup>98</sup>.

El concepto de *administrador de hecho*, pues, parece permitir la aplicación del régimen que se ha entendido como el más adecuado, para quien desempeña la función de administrador. De esta manera, es el efectivo ejercicio de una función lo que determina el régimen aplicable y no la mera adopción de una forma jurídica, algunas veces utilizada en fraude a la Ley y en perjuicio de los derechos de terceros.

La jurisprudencia confirma la utilidad de la figura en estudio, al hacer un uso cada vez más amplio del concepto de administrador de hecho.

---

<sup>96</sup> Para evitar la solidaridad, deben acreditar que, no habiendo intervenido en su adopción o ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente (art. 237 LSC).

<sup>97</sup> Antes de la modificación operada por la Ley 26/2003, el art. 133.1 de la LSA, también, aludía a la diligencia.

<sup>98</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 160.

## I. El administrador de hecho en la legislación

La referencia al administrador de hecho se incorpora a la legislación española recién en el CP de 1995<sup>99</sup>, en varios preceptos (arts. 31, 290, 293, 294 y 295). Luego, la figura del *administrador de hecho* repite su aparición en muchas otras leyes: la Ley 37/1998, que da nueva redacción al art. 95 de la Ley 24, de 28 de julio de 1988, de Mercado de Valores (LMVE); la Ley 26/2003, que da nueva redacción al art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)<sup>100</sup>, que extiende la responsabilidad a los administradores de hecho; los arts. 15 y 42.3 de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados (texto refundido por Real Decreto Legislativo 6/2004)<sup>101</sup> y, por supuesto, la LCE, que constituye el objeto principal de análisis de esta tesis.

En ninguna de las leyes referidas, ni en las legislaciones que se comparan en este estudio, se provee un concepto de *administrador de hecho*, lo cual es evidentemente grave, si se tiene en cuenta que lo utiliza para extender el ámbito subjetivo de aplicación de disposiciones que establecen responsabilidades y sanciones<sup>102</sup>. No obstante, realizaremos una breve exposición sobre la forma en que se incorpora el administrador de hecho en las leyes referidas, para de ahí inferir el alcance que cada una de ellas le atribuye y a qué efectos se incorpora esta figura a la legislación.

---

<sup>99</sup> Ley Orgánica n° 10, de 23 de noviembre de 1995.

<sup>100</sup> Real Decreto Legislativo 1564, de 22 diciembre de 1989.

<sup>101</sup> El art. 15 se refiere a «*la dirección efectiva de las entidades aseguradoras*». El art. 42 establece la posibilidad de imponer sanciones a los administradores de hecho.

<sup>102</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2003), pp. 487 y ss.; MAMBRILLA RIVERA, «Contenido de la sentencia de calificación (art. 172)», *Comentarios a la legislación concursal*, v. 3, dir. SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (2004), p. 2838.

## A. Legislación penal

### 1. Legislación española

En la legislación española el concepto de administrador de hecho aparece originalmente en el ámbito penal. Esto se explica, seguramente, por la circunstancia de que en ese ámbito, más allá de las formas importan las realidades de hecho y, además, por el hecho de que los delitos se imputan, en última instancia, a personas físicas que han realizado la conducta típica prevista como delito<sup>103</sup>.

La expresión *administrador de hecho* se utiliza por primera vez en la legislación española, en el CP, con la finalidad de reprimir que estos sujetos sortearan las consecuencias de los delitos societarios (arts. 31, 290, 293, 294 y 295)<sup>104</sup>.

En su art. 31 - modificado por art. único de la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003 – se establece, en términos generales, que el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones, que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser

---

<sup>103</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 548.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2004), p. 707; FERNÁNDEZ PÉREZ, «Efectos del la calificación (art. 172)», *Ley Concursal, comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. 2, coord. GALLEGRO SÁNCHEZ (2005), p. 661; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios* (1997), p. 114; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «La calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», *La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial* (2004), pp. 493 y 494; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores* (2008), p. 123.

su-jeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre<sup>105</sup>.

Luego, en el capítulo dedicado a los delitos societarios, el CP contiene varias disposiciones en las que se reconoce la figura del administrador de hecho como posible autor de delitos societarios, a los efectos de evitar la elusión de las normas penales a través de artificios meramente formales<sup>106</sup>.

En lo que interesa, en particular, a esta tesis, debemos destacar que el art. 260 del CP<sup>107</sup> establece el delito de *quiebra fraudulenta*, en el que incurrirá aquel que causara o agravara dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia<sup>108</sup>. Este delito se castigado con la pena de prisión de dos a seis años y

---

<sup>105</sup> ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo de reforma de la Ley concursal* (2009), pp. 591 y 592.

<sup>106</sup> Los delitos que alcanzan a los administradores son los siguientes: falsificación de cuentas anuales (art. 290), impedir el ejercicio de derechos a los socios (art. 294) y disponer fraudulentamente de los bienes sociales (art. 295) (VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores* [2008], p. 123).

Sobre esta base, la jurisprudencia española no ha dudado en condenar a un administrador de hecho, juntamente con el de derecho, por un mismo ilícito defraudatorio, en el caso de una sociedad con dos socios en la que ambos administraban pero sólo que uno de ellos en forma oculta. En el caso se dictaminó que «*la responsabilidad criminal se atribuye por la actuación concreta en los hechos delictivos, no por la titulación formal que pudiera existir en cuanto a la ostentación de un determinado cargo social*» (STS de 14/7/2003).

<sup>107</sup> Modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>108</sup> El propio art. 260 se encarga de aclarar que, en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal. Del mismo modo, el art. 163.2 de la LCE.

BACIGALUPO SAGGESE señala a este respecto, que no significa que el juez penal pueda prescindir de los hechos que la jurisdicción mercantil haya tenido en cuenta para realizar la calificación y para mandar proceder, pues su autonomía o desvinculación respecto de aquella se centra, precisamente, en la posibilidad de valorar de modo independiente la prueba sobre los hechos realizados en el juicio penal (BACIGALUPO SAGGESE, «Insolvencia y Derecho Penal», *RDCP*, n° 13 [2010], p. 124).

multa de ocho a 24 meses. La norma penal dispone, también, que el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa<sup>109</sup>.

Esta figura penal alcanza no sólo al propio deudor, sino, también, a la «*persona que actúe en su nombre*».

## 2. Legislación uruguaya

El art. 248 de la LC tipifica como delito la exageración u ocultación del activo o pasivo, el reconocimiento de privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, la sustracción u ocultación de los libros sociales, el otorgamiento

---

En cambio, está claro que el juez penal no queda vinculado por las resoluciones del procedimiento mercantil, en especial la calificación del concurso. Asimismo, las presunciones de culpabilidad del concurso no determinan en el ámbito jurídico penal, la presencia del dolo necesario para la punibilidad de la conducta (BACIGALUPO SAGGESE, id. *ibid.*).

Sobre las consecuencias de la conclusión del concurso sobre el procedimiento penal vide CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles* (2008), p. 133.

<sup>109</sup> Señala PARRA LUCÁN que existen grandes dificultades para establecer históricamente una delimitación y autonomía de las conductas penales relacionadas con la insolvencia. Una de las características de las normas estatutarias italianas concursales era la severidad de las penas impuestas al quebrado (y a algunos terceros, como familiares, o socios), lo que ha permitido afirmar la naturaleza penal del procedimiento. Junto a los efectos puramente patrimoniales, dirigidos a lograr la liquidación del patrimonio del deudor para la satisfacción de los acreedores, las normas imponían sanciones de carácter penal, referidas a la esfera personal, a prerrogativas de la persona y del ciudadano. Aun cuando puede sugerirse que algunas de estas penas perseguían una finalidad cautelar o instrumental (el arresto, por ejemplo), o de agilización de la instrucción probatoria (la tortura), en otras únicamente cabe advertir la imposición de una penalidad, lo que obedecía a la consideración de que el insolvente había causado un daño a la colectividad, al interés y al orden público (PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable», *AC-Mercantil*, n° 2/2010 (2010), p. 34; PECORELLA y GUALAZZINI, «Fallimento (Storia)», *Encicl. Dir.*, v. 16 (1967), p. 220; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell' età intermedia* (1964), pp. 121 y ss.

de ventajas particulares a los acreedores en razón de su voto con cargo a la masa activa. Si la concursada fuere una persona jurídica, eventualmente incurrir en este delito los socios, directores y administradores, de hecho o de derecho<sup>110</sup>.

El art. 71 de la Ley 17.016, de 7 de octubre de 1998, de Estupefacientes establece la responsabilidad administrativa de las instituciones o empresas que realicen intermediación financiera, de las casas de cambio y de todas las personas que estén sujetas al control del Banco Central del Uruguay (BCU), que no cumplan con reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo o el BCU «*con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley*». El § 3 del art. 71 hace la salvedad de «*la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero*»<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Art. 248 LC: «*(Fraudes concursales). El deudor que, fuera de lo establecido en el artículo 253 del Código Penal y en oportunidad de la solicitud del concurso o en cualquier etapa posterior, exagere u oculte su activo o su pasivo, reconozca o aparente privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, sustraiga o esconda los libros sociales, acuerde u otorgue a sus acreedores con cargo a la masa activa ventajas particulares en razón de su voto, será castigado con un año de prisión a cinco años de penitenciaría.*

*En el caso de las personas jurídicas, incurrirán en este delito los socios, directores, administradores, de hecho o de derecho, que hayan aprobado la realización o hayan realizado los actos constitutivos del delito.»*

<sup>111</sup> Art. 71 Ley 17.016: «*Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, los Bancos regulados por la Ley N° 16.131, de 12 de setiembre de 1990, las Casas de Cambio a que refiere el artículo 56 de la Ley N° 16.696, de 30 de marzo de 1995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley.*

### 3. Legislación argentina

El art. 178 del CP argentino establece incluye entre los sujetos penalmente imputables en el caso de la quiebra de una sociedad comercial u otra persona jurídica, además a «*todo*» director o administrador, al síndico, a los miembros de la comisión fiscalizadora, a los gerentes de la sociedad o de un establecimiento y hasta el contador o tenedor de libros<sup>112</sup>.

Más allá de que la referencia a «*todo*» director o administrador pudiera dar lugar a una interpretación extensiva que alcanzase a los administradores de hecho, ésta figura no ha sido prevista expresamente. La doctrina penalista argentina no deja de destacar que la norma incluye a los gerentes, aunque sólo sean encargados de una gestión administrativa y no representen la voluntad social<sup>113</sup>.

---

*Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrán determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992.*

*Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del Juez de apreciar, cuando pudie-ra corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera haber a los direc-tores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero.»*

<sup>112</sup> El art. 178 del CP argentino dispone lo siguiente: «*Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.*»

<sup>113</sup> CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles* (1993), p. 147.

Otras normas penales incluyen a mandatarios o gerentes, pero nunca expresamente a administradores de hecho. Así, por ejemplo, la Ley de residuos peligrosos (Ley nacional n° 24.051, de jurisdicción federal) prevé en el art. 57: «Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir»<sup>114</sup>. La Ley 24.557, de Riesgos del Trabajo (art. 32, inc. 5) dispone: «Cuando se trate de personas jurídicas la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible». La Ley nacional 24.769, que establece el régimen penal tributario, aduce en su art. 14: «Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz»<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> CESANO, «Persona jurídica y criminalidad ambiental: algunas consideraciones dogmáticas y políticas criminales con relación al artículo 57 de la ley 24.051», *RJA*, n° especial, *Derecho Ambiental* (2003), pp. 2 a 6.

<sup>115</sup> Vide: CESANO y BALCARCE, «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina», *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 7, agosto, descarg. de <http://ar.vlex.com/vid> (2002), p. 315.

## ***B. Legislación tributaria***

### **1. Legislación española**

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre de (BOE n° 302) General Tributaria (LGT), en vigor desde el 1° de julio de 2004, entre otras importantes modificaciones en la regulación sustantiva y procedimental de la responsabilidad tributaria, especifica la menciona a los administradores de hecho.

De acuerdo con esta legislación, los administradores de hecho – del mismo modo que los administradores de derecho – son responsables subsidiarios, salvo que la Administración pueda demostrar que han causado o colaborado activamente en la realización de una infracción tributaria, en cuyo caso responderán solidariamente de la deuda tributaria. La responsabilidad se extiende, en todo caso, a las sanciones (art. 42.1.a y 43 LGT)<sup>116</sup>.

### **2. Legislación uruguaya**

La norma básica en materia tributaria es la Ley 14.306 de 1974, que aprueba el Código Tributario. En ésta no se menciona a ninguna figura que pueda asimilarse a un administrador de hecho.

En su art. 21 se establece que los representantes – de cualquier sujeto, persona física o jurídica – son solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados, sin que se realice referencia alguna a la posibilidad de que una representación fáctica<sup>117</sup>. Se establece sí la

---

<sup>116</sup> VILLAR, «La responsabilidad tributaria», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 623.

<sup>117</sup> Art. 21 CT: «(Solidaridad de los representantes). Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieron actuado con dolo.»

responsabilidad pecuniaria, de carácter sancionatorio, contra los gerentes y mandatarios – además de los administradores – pero no en tanto administradores de hecho, sino por su actuación personal en la infracción (art. 104).

Tampoco la Ley 18.083 de 2007, que reforma del sistema tributario menciona al administrador de hecho. Podría haberse referido a esta figura al regular el Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas, pero no lo hizo. Al sustituir el art. 95 del Texto Ordenado de 1996, sólo establece la responsabilidad solidaria de los socios de las sociedades personales y de los directores de sociedades contribuyentes<sup>118</sup>.

### 3. Legislación argentina

En la República Argentina, la norma básica en materia tributaria la constituye la Ley 11.683, de 1° de diciembre de 1978, de Procedimiento Tributario<sup>119</sup>. En su art. 6 enumera a quienes están obligados frente al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrador o en liquidación. En particular, la norma se refiere a los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios destinados a un fin determinado, cuando unos y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Art. 95 del TO de 1996, en la redacción dada por la Ley 18.083 dispone: «*Los socios de sociedades personales o directores de sociedades contribuyentes, serán solidariamente responsables del pago del impuesto.*»

<sup>119</sup> Texto ordenado aprobado por Decreto n° 821 de 12 de julio de 1998.

<sup>120</sup> Art. 6 Ley 11.683: «*Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijan para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley:*

*a) El cónyuge que percibe y dispone de todos los réditos propios del otro.*

No existe referencia alguna en esta Ley, ni directa ni indirecta, a los administradores de hecho.

En cambio, sí aparece una referencia en el § 1 del art. 14 de la Ley Penal Tributaria y Previsional 24.769. Allí se dispone que cuando alguno de los hechos en ella previstos esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible «*inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz*»<sup>121</sup>.

---

*b) Los padres, tutores y curadores de los incapaces.*

*c) Los síndicos y liquidadores de las quiebras, representantes de las sociedades en liquidación, los administradores legales o judiciales de las sucesiones y, a falta de éstos, el cónyuge supérstite y los herederos.*

*d) Los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios a que se refiere el artículo 5° en sus incisos b) y c).*

*e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero.*

*f) Los agentes de retención y los de percepción de los impuestos.*

*Asimismo, están obligados a pagar el tributo al Fisco los responsables sustitutos, en la forma y oportunidad en que, para cada caso, se estipule en las respectivas normas de aplicación.» (Párrafo incorporado por art. 1°, punto I de la Ley 25.795 de 17/11/2003).*

<sup>121</sup> Art. 14, § 1, Ley 24.769: «*Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores,*

## **C. Legislación medioambiental**

### **1. Legislación española**

La Ley 26, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental (LRM) establece responsabilidades por los daños medioambientales derivados de actividades económicas o profesionales. La responsabilidad se hace recaer sobre un sujeto especial, al que denomina *operador*.

#### **a. El administrador de hecho como operador**

En el art. 2.10 de la LRM se define al operador como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, *en virtud de cualquier título controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico*. La extensión del concepto de operador a quien controle la actividad o tenga un poder económico determinante, sin perjuicio de otras significaciones que le reconoce la doctrina<sup>122</sup>, entendemos que permite perfectamente alcanzar a los administradores de hecho. La primera de las expresiones pareciera ajustarse a lo que en esta tesis definimos como *administrador oculto* y la segunda a lo que categorizamos como *administrador indirecto*.

#### **b. Responsabilidad subsidiaria de administradores y gestores, de hecho y de derecho**

A su vez, el art. 13.2 de la LRM hace responsables subsidiarios del cumplimiento de los deberes que en ella se prevén y, en particular, de las obligaciones pecuniarias correspondientes a los gestores y administradores, tanto

---

*gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.»*

<sup>122</sup> CASADO CASADO, «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, coord. LOZANO CUTANDA (2008), pp. 236 y 237.

de hecho como de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad. La norma incluye a aquellos gestores y administradores que hayan cesado en sus actividades, en cuanto a los deberes y obligaciones pendientes al momento de su cese, siempre que no hubieren hecho lo necesario para su cumplimiento o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del incumplimiento,

Como se advertirá, existe una cierta superposición entre la responsabilidad subsidiaria que le atribuye esta norma a los administradores de hecho y la categorización de éstos como *operadores* y, por lo tanto, responsables directos por los daños al medioambiente. Entendemos, entonces, que esta responsabilidad subsidiaria opera sobre aquellos administradores de hecho, a pesar de la función que de hecho desempeñan en la persona jurídica, no controlan la actividad concreta que causó la contaminación, ni tienen poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Se trata, desde la perspectiva que proponemos, de una categoría residual puesto que, la capacidad de controlar las actividades de la persona jurídica y el poder económico determinante sobre su funcionamiento es, precisamente, lo que caracteriza a los administradores de hecho ocultos o indirectos. La diferencia estará en que el control se haya tenido sobre la actividad contaminante *concreta* o que el poder económico haya sido determinante sobre el *funcionamiento técnico* que causó la contaminación. Este carácter residual es lo que justificaría el carácter subsidiario de la responsabilidad, explicable por la función de garantía de la responsabilidad por daño al medioambiente.

## **2. Legislación uruguaya**

La Ley 17.283, de 15 de noviembre de 2000, de Protección del Medio Ambiente, no contiene ninguna mención, ni directa ni indirecta a los administradores y menos todavía a los de hecho. El deber de abstenerse de actos que causen depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente se predica, en forma genérica, respecto de personas físicas y jurídicas, públicas y privadas.

### 3. Legislación argentina

La Ley 25.675, de 27 de noviembre de 2002, General del Ambiente, establece en su art. 31 que en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se extiende a sus «*autoridades y profesionales*», en la medida de su participación. No aparece ninguna referencia a los administradores de hecho<sup>123</sup>.

#### D. Legislación mercantil

##### 1. Código de Comercio

Los Códigos de Comercio (CCom) español, uruguayo y argentino no contemplan a la figura del administrador de hecho. Sin embargo, se refieren a una hipótesis que guarda cierto paralelismo, al regular la actuación del factor al frente del establecimiento mercantil y la apariencia de poder que se crea con dicha actuación (art. 286 CCom español, art. 138 CCom. argentino y art. 139 CCom uruguayo<sup>124</sup>)<sup>125</sup>. En virtud de esa apariencia, la norma obliga al principal cuando el

---

<sup>123</sup> Art. 31 Ley General del Ambiente 25.675: «*Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.*

*En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.»*

<sup>124</sup> El art. 138 del CCom argentino y el art. 139 del CCom uruguayo tienen idéntica redacción, que es la siguiente: «*Los contratos hechos por el factor de un establecimiento comercial o fabril que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, se entienden celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo declarase al tiempo de celebrarlos, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el tráfico del establecimiento – o si aun cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con orden de su comitente - o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan presunción legal.»*

factor realiza alguno de aquellos contratos que caen dentro del giro o tráfico del establecimiento<sup>126</sup>.

La asimilación del llamado *factor notorio* al administrador de hecho ha sido considerada oportuna por la doctrina, a efectos de asegurar la vinculación de la sociedad con los terceros, respecto de las actuaciones de aquél<sup>127</sup>. Según se advierte, la jurisprudencia, al calificar a determinados sujetos como administradores de hecho ha tomado en cuenta supuestos de hecho relacionados con la actuación frente a terceros, en nombre de la sociedad, contratando y asumiendo obligaciones comprendidas en el giro o tráfico de ésta<sup>128</sup>.

No obstante, se ha observado que si bien la teoría de la apariencia jurídica podría brindar una vía de solución a los problemas concernientes a la vinculación de la sociedad por los actos realizados por el administrador de hecho, no podría dar respuesta a la imputación de responsabilidad al propio administrador por el ejercicio de tales actos. La doctrina de la apariencia jurídica da solución a la cuestión de la validez y efectos de los actos celebrados por el administrador notorio por cuenta de la sociedad. En cambio, la doctrina del administrador fáctico, presupone dicha validez y eficacia, pero da un paso más, al extender la responsabilidad al propio administrador de hecho<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica: una explicación unitaria de los artículos 34 de la L.H. y 464 del C.C., y otros supuestos de apariencia* (1999), p. 40.

<sup>126</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Auxiliares del empresario», *RDM*, n° 72 (1959).

<sup>127</sup> ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», *RDM*, n° 198 (1991), pp. 673 y 674.

<sup>128</sup> LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital* (2003), p. 20.

<sup>129</sup> LATORRE CHINER, *id.*, pp. 22 y 23.

## 2. Legislación de disciplina e intervención de entidades de crédito

El art. 1 de la Ley 26, de 29 de julio de 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) - bajo el título «*concepto de entidades de crédito y alcance de la responsabilidad administrativa sancionable*» – sujeta a responsabilidad administrativa sancionable a «*quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas*». Luego, dispone que ostentan cargos de administración - a los efectos de lo dispuesto en esa Ley - sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales «o asimilados»<sup>130</sup>.

Ahora bien, cuando se trata de infracciones muy graves o graves, el art. 15 prevé que será responsable por conducta dolosa o negligente, «*quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección*», salvo en ciertos casos, entre los cuales la Ley menciona aquel en que las infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados «*u otras personas con funciones en la entidad*».

En cuanto a la legislación uruguaya, la cuestión se encuentra regulada en el art. 23 del Decreto Ley 15.322, de 17 de setiembre de 1982, de Intermediación Financiera (DLIF), con redacción dada por la Ley 17.613 de 27 de diciembre de 2002. Allí se establece que la potestad sancionatoria del Banco Central del Uruguay podrá alcanzar a los administradores y otros sujetos que revisten en la organización de las empresas de intermediación financiera, incluyendo gerentes y mandatarios, que actúen con negligencia en el desempeño de sus cargos o aprueben o realicen actos o incurran en omisiones de las que se pudieran derivar sanciones. Sin embargo, no contiene ninguna referencia ni directa, ni indirecta a los administradores de hecho.

---

<sup>130</sup> La LDIEC entiende por *directores generales* a aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito ex-tranjeras en España.

La Ley de Entidades Financieras argentina 21.526 de 1977 no se refiere en ningún caso a los administradores de hecho. En particular, al disponer respecto del ámbito subjetivo de la facultad sancionatoria del Banco Central, además de a otras personas, menciona a los directores, administradores, gerentes, socios o accionistas, pero no a los administradores de hecho ni a ninguna figura asimilable.

### **3. Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados**

El art. 40.1 del Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados – RDL 6/2004 – reitera lo dispuesto por la Ley 30/1995, al tratar sobre las infracciones administrativas que pudieren recaer, entre otras, sobre las personas que desempeñen cargos de administración o dirección en las entidades aseguradoras, incluidas las dominantes de grupos consolidables de entidades aseguradoras<sup>131</sup>, y establece en su lit. «a» que se considerarán *cargos de administración*, los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración, y cargos de dirección sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de aquél.

En la legislación uruguaya, el régimen sancionatorio en materia de seguros y reaseguros es similar al previsto para la actividad de intermediación financiera, en función de la remisión que el art. 5 de la Ley de Desmonopolización del

---

<sup>131</sup> En el art. 20 de la Ley 30/1995, se considera que un grupo de entidades financieras constituye un grupo consolidable de entidades aseguradoras, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes: que una entidad aseguradora controle a las demás entidades; que la entidad dominante sea una entidad cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras; que una persona física, un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto, o una entidad no financiera domine a varias entidades, todas ellas aseguradoras.

Mercado de Seguros 16.426 de 1993<sup>132</sup> realiza a los arts. 20 a 24 del DLIF<sup>133</sup>. Tal como señalamos en el numeral anterior respecto a la disciplina e intervención de entidades de crédito, allí no se contiene ninguna referencia ni directa, ni indirecta a los administradores de hecho.

La Ley argentina de Entidades de Seguros y su Control 20.091 de 1973 **tampoco** contiene referencia alguna a los administradores de hecho. Al establecer la responsabilidad por las obligaciones contraídas hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio o luego de revocada la autorización para operar en seguros, se limita a mencionar a los fundadores, socios, accionistas, administradores, directores, consejeros, gerentes, síndicos o integrantes de los consejos de vigilancia (art. 8, § 8)<sup>134</sup>. En términos similares se refiere esa ley al alcance subjetivo de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Seguros (art. 61)<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Art. 5 de la Ley 16.426 de 1993: «*Establécese especialmente aplicable a las compañías y a la actividad de seguros y reaseguros lo dispuesto en los artículos 20 a 24 del decreto-ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992.*»

<sup>133</sup> IFRÁN, *Curso de Derecho de Seguros* (2006), p. 66.

<sup>134</sup> Art. 8, § 8, de la Ley 20.921 de 1973: «*Los fundadores, socios, accionistas, administradores, directores, consejeros, gerentes, síndicos o integrantes de los consejos de vigilancia, serán ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones contraídas hasta la inscripción de la entidad en el Registro Público de Comercio o luego que se hubiese inscripto la revocación de la autorización para operar en seguros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.*»

<sup>135</sup> Art. 61, §§ 1-3, Ley 20.921: «*Quienes directa o indirectamente anuncien en cualquier forma u ofrezcan celebrar operaciones de seguros sin hallarse autorizados para actuar como aseguradores de acuerdo con esta ley, incurrirán en multa hasta de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.-).*

*Cuando celebren contratos de seguro sin la debida autorización, estos serán nulos, y la multa se elevará al doble, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran respecto de la otra parte en razón de la nulidad.*

#### 4. Legislación del mercado de valores

En la legislación española sobre mercado de valores, no existe una definición de *administrador de hecho*. No obstante, se lo refiere, expresamente, en el art. 95 de la LMVE - en redacción dada por la Ley 37/1998 - al atribuirle responsabilidad administrativa a quienes ostenten «*de hecho o de derecho cargos de administración o dirección*», que infrinjan normas de ordenación o disciplina del mercado de valores<sup>136</sup>. Seguidamente, la LMVE aclara que ostentan cargos de administración o dirección, los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración, así como sus directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que, «*de hecho o de derecho, desarrollen en la entidad funciones de alta dirección*»<sup>137</sup>.

En el Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (Informe Aldama), de 8/1/2003, constituida por el Consejo de Ministros para el estudio de los criterios y pautas a que deben someterse las sociedades emisoras de valores e instrumentos admitidos a negociación en los mercados organizados, se define a los

---

*Si la infractora fuera una sociedad anónima, cooperativa o mutual, sus directores, administradores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia en su caso y gerentes, serán solidariamente responsables por las multas y consecuencias de la nulidad de los contratos celebrados. Si se tratare de sociedad de otro tipo, la responsabilidad solidaria se extenderá además a todos los socios.»*

<sup>136</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital* (2006), p. 243; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2004), p. 707; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital...* (2008), p. 123.

<sup>137</sup> Se consideran *directores generales* a aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, lo cual se puede encuadrar como una especie de lo que tradicionalmente se denomina como *factor*.

administradores de hecho como aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título - o con título nulo o extinguido - la función de administración, así como a los administradores ocultos, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de derecho.

En el art. 82, § 3, de la Ley 18.627, de 25 de noviembre de 2009, de Mercado de Valores uruguayo (LMV), se establece que, a los efectos de lo dispuesto en ella, las «*personas físicas o jurídicas beneficiarias reales de parte del patrimonio social bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar los directores*» de una sociedad tendrán las mismas responsabilidades de los directores en cuanto sea aplicable.

Con la curiosa expresión que acabamos de entrecomillar, la LMV consigue referirse, en nuestra opinión, al administrador de hecho. En efecto, la figura se delinea sobre el presupuesto de la existencia de administradores de derecho y la actuación habitual de estos bajo la dirección o instrucciones de administradores de hecho.

Más concretamente, la referencia a directores<sup>138</sup> sometidos a la dirección o instrucciones habituales de las personas a que refiere la norma, lleva a pensar en la figura del administrador de hecho oculto o indirecto. La LMV pareciera establecer que, más allá de quién sea el administrador de derecho, la responsabilidad que normalmente corresponde a este último, recaerá sobre aquel en quien radique el verdadero poder de dirección de la sociedad, aunque no figure, formalmente, como administrador de la sociedad.

En la Ley de Mercado de Valores argentina 17.811 de 1968 **no** aparece ninguna referencia, ni directa ni indirecta, a los administradores de hecho. Al disponer respecto de la potestad sancionatoria de la Comisión Nacional de Valores, en su art. 10, sólo establece que en el caso de personas jurídicas, la

---

<sup>138</sup> Es preciso advertir que en la legislación societaria uruguayo la palabra *directores* se reserva para los integrantes de un órgano de administración colegiado denominado *directorio*.

multa debe ser aplicada a los directores, administradores y gerentes que resulten responsables<sup>139</sup>.

## 5. Legislación de defensa de la competencia

De acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del art. 61 de la Ley 15, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia (LDCE), se considera como infractor a la persona física o jurídica que realiza las acciones u omisiones tipificadas como infracciones. No se hace ninguna referencia en la LDCE ni siquiera a la eventualidad de extender la calificación como infractor y la responsabilidad consecuente, a los administradores de derecho de la persona jurídica infractora. Sin embargo, en su segundo párrafo establece que la actuación de una empresa es, también, imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

En la legislación uruguaya, la Ley 18.159, de 10 de julio de 2007, de Promoción y Defensa de la Competencia (LDC), al establecer el alcance subjetivo de las sanciones que pudiere imponer el órgano de aplicación – esto es, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas – establece que además de la sanción a las persona jurídicas que realicen conductas prohibidas, también, se podrá imponer multas a los integrantes de sus órganos de administración y representación que hayan contribuido activamente en el desarrollo de dichas conductas. A continuación, agrega que las conductas desarrolladas por una

---

<sup>139</sup> Art. 10 de la Ley 17.811 de 1968: «*Las personas físicas y jurídicas que no cumplan las disposiciones de esta ley y las reglamentarias, sin perjuicio de las acciones civiles o penales pertinentes, son pasibles de las sanciones siguientes:*

a) *Apercibimiento;*

b) *Multa de m\$ 100.000 a m\$ 10.000.000. En el caso de las personas jurídicas debe ser aplicada a los directores, administradores y gerentes que resulten responsables, en forma solidaria (...)*»

persona jurídica controlada por otra serán, también, imputables a la controlante. De la misma manera, las responsabilidades que pudieren corresponder a los integrantes de los órganos de administración y representación de la sociedad controlada podrán, también, ser imputadas a quienes cumplen las mismas funciones en la sociedad controlante<sup>140</sup>.

El Decreto 404/2007, reglamentario de la LDC, tiene un agregado sustancial a este respecto. Establece que serán responsables de la omisión de notificar a la CPDC, la realización actos de concentración económica, los administradores, directores y representantes tanto de derecho como *de hecho*, estén o no inscritos en la Dirección General de Registros<sup>141</sup>.

La legislación argentina de defensa de la competencia **tampoco** tiene referencia alguna al administrador de hecho. La Ley 25.156, de 25 de agosto de 1999, de Defensa de la Competencia (LDCA), cuando en su art. 48 se refiere a las infracciones cometidas por una persona de existencia ideal, dispone que la multa,

---

<sup>140</sup> Art. 19 LDC: «(Sanciones a Administradores, Directores y Representantes de Personas Jurídicas, y a Sociedades Controlantes). Además de las sanciones que el órgano de aplicación imponga a las personas jurídicas que realicen conductas prohibidas por esta ley, también podrán imponer multas a los integrantes de sus órganos de administración y representación que hayan contribuido activamente en el desarrollo de la práctica.

*Las conductas desarrolladas por una persona jurídica controlada por otra, se-rán también imputables a la controlante. De la misma manera, las responsabilidades que pudieren corresponder a los integrantes de los órganos de administración y representación de la sociedad controlada, podrán también ser imputadas a quienes cumplen las mismas funciones en la sociedad controlante.»*

<sup>141</sup> Art. 39, § 7, Decreto 404/2007: «Serán responsables de la omisión de notificar al Órgano de Aplicación los administradores, directores y representantes de hecho o de derecho, estén o no inscriptos en la Dirección General de Registros en cumplimiento del art. 86 de la Ley N° 16.060, en la redacción dada por el art. 13 de la Ley N° 17.904, en los términos previstos en el artículo 19 de la ley que se reglamenta, sanción que podrá ser de hasta el 1 % del monto total de facturación anual de las empresas para cada uno de los infractores.»

también, se aplicará a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales<sup>142</sup>.

## 6. Legislación de sociedades mercantiles

### a. Legislación española

En la redacción original de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LSA)<sup>143</sup> no existía ninguna referencia expresa al administrador de hecho. Sin embargo, al establecer el alcance subjetivo del régimen sancionador por la negociación con acciones propias, la LSA maneja un concepto funcional de administrador, notoriamente extendido con respecto a la noción estrictamente jurídica del mismo<sup>144</sup>. En su art. 89.3<sup>145</sup> dispone que se reputa como responsables de la infracción, no sólo a los administradores de la sociedad infractora sino, en su caso, «a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la

---

<sup>142</sup> Art. 48, § 1, de la LDCA: «Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.»

<sup>143</sup> Real Decreto Legislativo 1564 de 22/12/1989.

<sup>144</sup> PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, p. 2368.

<sup>145</sup> Esta norma corresponde al art. 157 de la LSCE, cuyo § 3 dispone lo siguiente: «Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 225, 226, 236 y 237.»

*infracción» y «a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora»<sup>146</sup>.*

En el 2002, el Ministerio de Justicia publicó una Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, redactada por los catedráticos de Derecho mercantil SÁNCHEZ CALERO, ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. En esa propuesta no se define al administrador de hecho (tampoco al de derecho). Sin embargo, se lo menciona en el art. 128, al referirse a los presupuestos de responsabilidad de los administradores. Concretamente, se dispone que los administradores, sean de derecho o de hecho, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

La Ley 26 de 17 de julio de 2003 – modificatoria de la Ley 24, de 28 de julio de 1988, de Mercado de Valores (LMV) y del texto refundido de la LSA – añadió un segundo apartado al art. 133 de la LSA, que estableció la responsabilidad de quien «actúe como administrador de hecho de la sociedad», frente a los accionistas y frente a los acreedores, por el daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes que la LSA impone a los administradores de derecho. A partir de la incorporación de esta disposición, por lo tanto, los administradores de hecho quedaron sujetos *ex lege* al mismo régimen de deberes que el administrador de derecho, incluyendo el de ejercer diligentemente la función y a los deberes de promover la disolución de la sociedad en caso de que las pérdidas alcancen determinada entidad o, eventualmente, solicitar el concurso de la sociedad, si quedara configurada su insolvencia<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ y VELASCO CABALLERO, *Infracciones administrativas y autocartera en la sociedad anónima* (1997), p. 34.

<sup>147</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 135-139; MILLÁN y ENRÍQUEZ, «Responsabilidad de los administradores y directivos de empresas ante la nueva Ley Concursal», *Economist & Jurist*, n° 82 (2004), p. 53; PERDICES HUETOS, «Significado actual

El 2 de julio de 2010, se aprueba por el Real Decreto Legislativo 1/2010, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSCE)<sup>148</sup>. Del texto de la LSCE destacamos dos disposiciones especialmente relevantes para la cuestión en análisis:

- El art. 231.2, lit. «b», establece que, a los efectos de determinar si los administradores han desempeñado su cargo como representantes leales en defensa del interés social – lo que incluye la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, situaciones de conflicto de intereses y la prohibición de competencia - tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores, si este fuera una persona jurídica, sus respectivos administradores «*de derecho o de hecho*», liquidadores y apoderados con poderes generales.
- El art. 236.1, integra al administrador de hecho en la cláusula general de responsabilidad por daños. Bajo el título de «*presupuestos de la responsabilidad*», dispone que los administradores «*de derecho o de hecho*» responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

---

de los "administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran», *RDS*, n° 18 (2002), p. 281; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital...* (2008), p. 124.

<sup>148</sup> Este texto reúne el contenido de la sección 4ª del título I del libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la LSA; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y el contenido del título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas.

***b. Legislación uruguaya***

La LSC no contiene ninguna referencia explícita al administrador de hecho. Sin embargo, su art. 28, al establecer los efectos de las nulidades producidas por objeto o causa ilícitos, prevé que de la declaración de nulidad se derive, preceptivamente, la responsabilidad solidaria de los fundadores, socios, administradores y de «*quienes actúen como tales en la gestión social*», por el pasivo social y los perjuicios causados<sup>149</sup>.

La expresión «*quienes actúen como tales en la gestión social*» es una evidente referencia a los administradores de hecho<sup>150</sup>. Luego, corresponde destacar que el art. 28 de la LSC atribuye, expresamente, tanto responsabilidad por daño cuanto responsabilidad por el pasivo social.

***c. Legislación argentina***

En su art. 18, la LSCA contiene una solución similar a la uruguaya respecto a la responsabilidad en caso de que una sociedad sea declarada nula por objeto ilícito<sup>151</sup>. La norma argentina no hace referencia a la causa. La expresión «*quienes actúen como tales en la gestión social*» se repite en ambas normas.

---

<sup>149</sup> Art. 28 de la LSC: «*Efectos de la nulidad respecto de fundadores, socios, etcétera*). En los casos de nulidades no subsanables, la declaración de nulidad de la sociedad implicará que los fundadores, socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.»

<sup>150</sup> BLENGIO MASSOLO, «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36, p. 554.

<sup>151</sup> El art. 18 de la LSCA dispone lo siguiente: «*Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aún para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. Liquidación. Declarada la nulidad, se procederá la liquidación por quien designe el juez.*

El concepto ampliado de administrador de hecho aparece en la legislación societaria argentina, también, a través de su equiparación con la actuación de la sociedad controlante y sus administradores. En esta hipótesis, la responsabilidad nace como consecuencia de la gestión unitaria que los administradores de la controlante han efectivamente concretado a través de los administradores de la sociedad controlada<sup>152</sup>.

La responsabilidad de la controlante vendría impuesta por el art. 54, § 1, de la LSCA<sup>153</sup>, toda vez que esta norma se refiere, en forma inequívoca, a quien realiza o hace realizar negocios para la sociedad. Esta persona no tiene por qué ser formalmente socia o administradora. Basta que actúe como administradora de *facto*, obviamente, a través de los administradores de *iure*<sup>154</sup>.

---

*Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva.*

*Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo, social y los perjuicios causados.»*

<sup>152</sup> MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, p. 669; OTAEGUI, *Concentración societaria*, p. 446.

<sup>153</sup> Art. 54, § 1, LSCA: «*El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.*

*El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.»*

<sup>154</sup> OTAEGUI, *Concentración societaria*, p. 446.

## 7. Legislación concursal

### *a. Legislación española*

Pese a la abundante referencia a la figura en estudio, la LCE no provee un concepto de *administrador de hecho*. Sin embargo, en la Memoria que acompañó al Anteproyecto (apartado VI), se señaló que debía sobreentenderse que el concepto de administrador de hecho era el propugnado por la doctrina y jurisprudencia penal, o sea, el de carácter más amplio y funcional, basado en quién ejerce, efectivamente, la gestión de la sociedad. Asimismo, aportó algunos elementos para dilucidar el sentido en que se utiliza la expresión *administrador de hecho*.

La LCE incorpora referencias al *administrador de hecho* en diversos artículos<sup>155</sup>: art. 48 (sobre embargos preventivos), art. 93 (que establece quiénes son las personas relacionadas con el concursado), art. 164 (que dispone que el concurso se calificará culpable cuando hubiere mediado dolo o culpa grave, por parte de los administradores de hecho, entre otros, en la generación o agravación del estado de insolvencia), art. 166 (referido a los cómplices de los administradores de hecho, entre otros), art. 172.2.1° (que exige que, en la sentencia de calificación, la atribución de la condición de administrador de hecho esté motivada) y art. 172.2.2° (sobre la inhabilitación de 2 a 15 años). En lo que tiene que ver directamente con este trabajo, en su art. 172 bis, la LCE estableció un régimen específico de responsabilidad concursal que permite al juez, en caso de concurso culpable, condenar a los administradores de hecho o de derecho, a

---

<sup>155</sup> La referencia al administrador de hecho se mantiene en el art. 171 del Anteproyecto de Ley concursal de 2001. Vide: ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), p. 274; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital* (2003), p. 155.

pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa<sup>156</sup>.

La LCE, en su art. 172.2-1º exige de los tribunales una especial motivación para la atribución de la condición de administrador de hecho cuando, en virtud de ésta, se le considere persona afectada por la calificación del concurso<sup>157</sup>. De modo que, si se quisiera actuar, en el expediente de calificación, frente a un sujeto que,

---

<sup>156</sup> La condena por el déficit concursal incorporada por la Ley 38/2011 como art. 172 bis de la LCE, estaba ya en el art. 172.3 de su versión original. Sin embargo, no existía una condena de esta especie en la legislación concursal española anterior a la LCE. Por lo tanto, se suscita – aun en sentencias recientes – la cuestión de si puede dictarse esta condena por conductas que fueron realizadas por las personas afectadas por la calificación con anterioridad a la entrada en vigor de la LCE.

Podrían trasladarse aquí, consideraciones que tuvieron lugar al tratar una cuestión similar de Derecho transitorio, al entrar en vigor la LCE, en el sentido de que, aunque la conducta se iniciara con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, igualmente quedaría alcanzada por sus disposiciones, si se ha extendido durante la vigencia de ésta, en aplicación de la teoría de la *infracción permanente*. Según esta teoría, la legislación sancionadora aplicable es la vigente en el momento en que se pone fin a la infracción (STS 1520/1994, de 23 de julio, y STS 1741/2000, de 14 de noviembre; SAP de Madrid, Sec. 28, de 5 de febrero de 2008, AC 834; *ADCo* nº 17, 2009-2, pp. 533 y ss.).

Por otra parte, si existen previsiones normativas modificadas que se limitan a interpretar dudas existentes en la legislación anterior, aun en los procesos en que tales preceptos no sean directamente aplicables porque todavía no se ha acordado la formación de la sección de calificación, valen como pauta interpretativa. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha dado por terminado el debate sobre la extensión o no de la condena a los créditos contra la masa, puesta en entredicho por algunas resoluciones de la SAP de Madrid (SAP de Madrid, de 21/7/2009 (*ROJ* 2009\472153), considerando que la «cobertura del déficit» impone la valoración íntegra del desbalance entre lo obtenido en las operaciones de liquidación y los créditos saldados con aquella, sean concursales o contra la masa (SJM de Pontevedra nº 3, de 25/5/2012, AC 2012\381).

<sup>157</sup> Exigencia estimada como superflua por la doctrina (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurado, cómplices...», p. 4932).

habiendo tomado decisiones por la sociedad concursada, careciera de un nombramiento efectivo y formal, sería preciso alcanzar prueba bastante que acredite la realidad de distintos extremos. En particular, la prueba tendría por objeto verificar que, pese a la ausencia, ineficacia o caducidad de nombramiento alguno, el sujeto ha venido desempeñándose como administrador de la sociedad. A este respecto, obviamente, el grado de dificultad probatoria variará, sustancialmente, según se trate de un administrador aparente o de un administrador oculto<sup>158</sup>.

Por el art. 93.2.2 de la LCE – en la redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo – se establece que, salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el art. 71 bis<sup>159</sup> o la disposición adicional

---

<sup>158</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id., p. 4938.

<sup>159</sup> Art. 71 bis, § 1, LCE: « *No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:*

*a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y*

*b) Con anterioridad a la declaración del concurso:*

*1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.*

*2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.*

cuarta<sup>160</sup>, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.

### ***b. Legislación uruguaya***

A pesar de que los autores del anteproyecto de la LC afirman que se habría tomado como fuente a la Ley francesa sobre el saneamiento y la liquidación judicial de empresas de 1985 y la *Insolvenzordnung* alemana de 1994<sup>161</sup>, es evidente

---

*3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.»*

<sup>160</sup> Disposición adicional cuarta, § 1, de la LCE: «Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los apartados siguientes.

*No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta disposición adicional.*

*A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.*

*En caso de préstamos sindicados, se entenderá que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.*

*Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta disposición.»*

<sup>161</sup> HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., pp. 27, 29 y 30; OLIVERA GARCÍA, *Anteproyecto de Ley de Concursos*, pp. 5 y 6.

que su fuente directa fue la PALC<sup>162</sup>. Esto explica la enorme similitud con la LCE que, infelizmente, no fue considerada, a pesar de haberse aprobado cinco años antes que la LC.

Como fuere, la LC, al igual que la LCE, a pesar de referir repetidas veces al administrador de hecho, no provee un concepto de éste. Así, por ejemplo, el lit. b del art. 112.2 de la LC contiene una norma muy similar al art. 93.2.2 de la LCE. Sólo no le sigue la misma ampliación del concepto de *personas relacionadas* a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes, entre otros, a los administradores de hecho. El art. 192 LC<sup>163</sup> es sustancialmente idéntico al art. 164.1 de la LCE. En el art. 201.3 LC se prevé la posibilidad de incluir al administrador de hecho entre los inhabilitados.

En lo que es fundamental a esta tesis, el § 2 del art. 201 de la LC contiene una disposición casi idéntica a la del art. 172 bis de la LCE. La norma uruguaya dispone que en el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá disponer, además de la inhabilitación para administrar bienes propios o ajenos y representar a terceros por un período de cinco a veinte años, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

---

<sup>162</sup> Publicada por el Ministerio de Justicia e Interior, en el *Boletín de Información*, «Materiales para la reforma de la legislación concursal», Suplemento n° 1768 de 15/2/996 (separata).

<sup>163</sup> Art. 192 LC: «(Clases de concursos). El concurso de acreedores se calificará como culpable o como fortuito.

*El concurso se calificará como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho.*

*En los demás casos se calificará como fortuito.»*

En otras previsiones - similares a algunas de la LCE en que se hace referencia al administrador de hecho - no obstante, no se le menciona. Así, por ejemplo, en el art. 195 LC se omite la referencia al administrador de hecho al referirse al cómplice. Del mismo modo, no existe una disposición similar en la LC a la del art. 172.2.1° de la LCE, que exija que en la sentencia de calificación, la atribución de la condición de administrador de hecho esté motivada. Los arts. 24 y 25 de la LC, que tratan del embargo preventivo, tampoco se refieren al administrador de hecho.

### *c. Legislación argentina*

La LCA no se refiere expresamente al administrador de hecho. Consecuentemente, si bien no se lo desconoce, el concepto de administrador de hecho no ha alcanzado un especial desarrollo en la jurisprudencia y doctrina argentina, no se le utiliza en forma ordinaria para extenderles la responsabilidad de los administradores de derecho y mucho menos en el ámbito concursal.

Sin perjuicio de lo dicho, según se verá más adelante en esta tesis, al analizar la responsabilidad concursal por daño en la legislación argentina, alguna doctrina considera que los administradores de hecho estarían alcanzados por esa responsabilidad y en algún caso jurisprudencial se ha aludido a ellos a los efectos de impedir su salida del país.

## **II. El administrador de hecho en la doctrina**

### *A. Doctrina jurídica penal*

La primera cuestión que debe resolverse en este apartado es si el concepto de administrador de hecho acuñado por la doctrina mercantilista resulta válido en el ámbito jurídico penal<sup>164</sup> o si el concepto de administrador de hecho debe adoptar

---

<sup>164</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores* (1997), p. 106.

otro significado en lo que se refiere al ámbito jurídico penal<sup>165</sup>. Esto significa la contraposición del argumento de la conveniencia de mantener conceptos jurídicos que doten de unidad y armonía al conjunto del ordenamiento, con la función del Derecho penal de imputar delitos, para lo cual necesita delimitar una responsabilidad individual concreta y real<sup>166</sup>.

Sin perjuicio de la cuestión que acabamos de referir, la doctrina penal manifiesta que la concepción amplia del administrador de hecho, manejada actualmente por la amplia mayoría de la doctrina y jurisprudencia mercantiles, se acomoda mejor a las características propias del Derecho penal<sup>167</sup>.

### 1. Concepto amplio

En general, la doctrina penal tiende a identificar al administrador de hecho con el concepto más amplio, que toma en consideración al sujeto que ejerce efectivamente la gestión y administración de la sociedad, en función de una divergencia entre la situación formal y la situación material de su administración, sin que la ausencia de una designación formal sirva de excusa a fin de eludir las concretas responsabilidades que pueda haber contraído<sup>168</sup>. El acento de la cuestión

---

<sup>165</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)* (1999), p. 133; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales* (1996), p. 147; GALLEGO SOLER, «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», *Derecho penal de la empresa* (2002), p. 159; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación* (1999), p. 100; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta* (1996), p. 268.

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho...*, p. 313.

<sup>167</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, *id. ibid.*

<sup>168</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*; BAYO FERNÁNDEZ, «I reati societari nel nuovo codice penale spagnuolo», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale*, 1996, pp. 747 y ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)* (1988), p. 213; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, p. 106; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios, aspectos*

no se pone en el *status* de dirección formal sino en el ejercicio real u ostentación fáctica del poder de gestión social, de modo de identificar al verdadero responsable del ilícito<sup>169</sup>.

Desde este punto de vista, poco importa que el sujeto aparezca o no, frente a terceros, como administrador o bajo otra apariencia, o aun si estuviera oculto, si puede demostrarse que ha sido el artífice de las decisiones acerca de la gestión social<sup>170</sup>. Se aceptaría, entonces, la inclusión en la categoría de administrador de hecho, no sólo al que hemos calificado como *notorio* o *aparente* sino, también, al *oculto*, en cualquiera de sus variantes<sup>171</sup>. Esta interpretación es acorde con la finalidad de la norma penal, que consiste en la eliminación de todo resquicio de

---

*dogmáticos y jurisprudenciales*, p. 147; FERNÁNDEZ BAUTISTA, op. cit., pp. 307 y 337; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español* (1998), p. 72; GALLEGO SOLER, op. cit., p. 159; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 100; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil* (1996), p. 45; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), pp. 375 y 376; MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», *RDS*, n° 5 (1996), pp. 168 y ss.); NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 271; RODRÍGUEZ MOURILLO, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *Anuario de Derecho Penal*, 1984, pp. 688 y ss.

<sup>169</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La tutela penal del derecho de información del accionista», *RDS*, n° 11, pp. 157-182 (1998), p. 162; MATA Y MARTÍN, «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal», *RDS*, n° 13 (1999), p. 148; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 271; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios* (1996), pp. 58 y ss.

<sup>170</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 383

<sup>171</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, op. cit., pp. 314, 315 y 337.

impunidad a favor de personas que, mediante testaferros, pretendieran sustraerse de la responsabilidad que les correspondiese<sup>172</sup>.

## **2. Responsabilidad del administrador de derecho en caso de que exista un administrador de hecho**

Como contrapartida, es generalizada la opinión de que el mero nombramiento y su inscripción en el Registro Mercantil, es una apariencia que, por sí misma, no fundamenta una responsabilidad penal<sup>173</sup>. El administrador de derecho no debe responder penal-mente como autor, dice la doctrina, si al no ejercer las funciones esenciales propias de su cargo, no tiene capacidad material para lesionar el bien jurídico tutelado por la norma penal, salvo hipótesis de coadministración entre el administrador de derecho y de hecho, en los que se aplicarían las normas sobre coautoría<sup>174</sup>.

Sin embargo, existe doctrina que considera que, salvo en casos en los que el testaferro actúa coaccionado, con miedo o por error, dicho sujeto debe ser responsabilizado a título de autoría, puesto que siendo consciente de su condición de testaferro y obedeciendo las órdenes del «*hombre de atrás*», conoce y domina, de un modo u otro, el acontecer típico, pues posee toda la información acerca del hecho delictivo e, incluso, en algunos supuestos ejecuta materialmente el hecho, aun cuando sea cumpliendo órdenes internas<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 44.

<sup>173</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, op. cit., p. 299; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, pp. 123 y 124.

<sup>174</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, op. cit., p. 300; GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 124.

<sup>175</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa* (2000), p. 67.

## *B. Doctrina jurídica mercantil*

### **1. Concepto original: el administrador de hecho como administrador con mandato caducado o nombramiento defectuoso**

En la doctrina mercantil española se comienza a considerar a la figura del administrador de hecho restringido al caso de aquél cuyo cargo había caducado, por vencimiento del plazo para el que había sido designado. Resulta que en el art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951<sup>176</sup>, se establecía que los administradores designados en el acto constitutivo no podrían ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, sin perjuicio de una eventual reelección. Entonces, al vencimiento de dicho plazo, para evitar que la sociedad quedase acéfala, se admitía que el administrador continuara con las funciones propias del cargo, especialmente aquellas indispensables para el funcionamiento de la sociedad, en calidad de administrador de hecho. La cuestión del administrador de hecho, entonces, se centraba en la dilucidación del alcance de sus facultades y competencias, así como en el tema de la eficacia de sus actuaciones<sup>177</sup>. Un sentido similar, se considera implícito en el Reglamento del Registro Mercantil de 1996 (RRM)<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951:

*«Los administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, y podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos.*

*El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar los nombres, apellidos, domicilios y nacionalidad.»*

<sup>177</sup> PÉREZ ESCOLAR, «Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico, comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968», *RDM*, t. 45 (1968), pp. 399-414.

<sup>178</sup> Aprobado por Real Decreto 1784, de 19/7/1996.

En un primer momento – muy anterior a que la figura tuviera recepción expresa en la legislación concursal española<sup>179</sup> - la conceptualización doctrinaria de la figura del *administrador de hecho*, adoptó una noción restringida a la hipótesis de administrador con mandato caducado, en sintonía con el criterio adoptado por la RDGRN de 24 de junio de 1968, ya referida en páginas anteriores<sup>180</sup>. Esta resolución generó el comentario de PÉREZ ESCOLAR, que constituye, en lo que nos consta, la primera oportunidad en que la doctrina mercantil española trata el tema<sup>181</sup>.

PÉREZ ESCOLAR, comentando el criterio adoptado por la autoridad registral, calificó como administrador de hecho a aquellos que tenían su cargo caducado «*desde el momento en que legal o estatutariamente expira su mandato*», cuando «*prosiguen concertando relaciones jurídicas mediante el ejercicio de la firma social*». Esta argumentación se fundamentó en el respeto al principio de buena fe en el tráfico mercantil, cuando exista discordancia entre lo publicado por el

---

<sup>179</sup> Alguna doctrina, no obstante, mantiene la posición originaria. MOYA JIMÉNEZ considera que en el Derecho societario debiera aplicarse un concepto restrictivo de administrador de hecho, que incluya hipótesis como la del administrador con nombramiento caducado que se mantiene en el ejercicio de la función de administración o de la persona que hubiere asumido la gestión social frente a la omisión de aquél a quien le ha caducado el nombramiento. Fuera de estos casos puntuales, considera que los administradores de hecho no deben considerarse sometidos a las responsabilidades previstas para los administradores de derecho. En general, según MOYA JIMÉNEZ, sólo al administrador de derecho le corresponde responder en términos civiles, mientras que el administrador de hecho quedaría sujeto exclusivamente a responsabilidad penal (MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed. [2011], pp. 95 y 96).

<sup>180</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (1985), pp. 351 y 356; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios* (1996), p. 62.

<sup>181</sup> PÉREZ ESCOLAR, «Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico, comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968», *RDM* (1968), t. 45, pp. 399, 413 y 414.

Registro (caducidad del cargo) y la realidad extra registral (continuación de los administradores en su actividad)<sup>182</sup>.

En el ámbito de la responsabilidad de los administradores, sin embargo, la doctrina mercantil de la época, si bien se plantea la problemática presentada por la actuación de administradores delegados o directores generales, no trata específicamente la cuestión de los administradores de hecho<sup>183</sup>.

## **2. Concepto clásico: el administrador de hecho como aquel que de hecho ejerce la función de administración**

En general, la doctrina – tanto española<sup>184</sup> como uruguayo<sup>185</sup> y argentina<sup>186</sup> - que se refiere al *administrador de hecho* pone el énfasis en los aspectos

---

<sup>182</sup> PÉREZ ESCOLAR, op. cit., p. 413.

<sup>183</sup> PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2 (2010), p. 2368.

<sup>184</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico de la calificación con-cursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (2003), p. 496; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*; GALLEGO SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil de los administradores de entidades bancarias», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5<sup>a</sup> ed. (2013), p. 549; GALLEGO SOLER, «El concepto de administrador de hecho...», pp. 154 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal...*, t. 5, p. 4936; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*, pp. 180-184; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 15; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal* (2006); OLIVARES JAMES, «En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima», *AAMN*, t. 21 (1991), p. 297; PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *RDS*, n° 18, p. 281; PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho...», pp. 134 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art.

sustanciales o funcionales de la definición de *administrador*, con independencia de que alguna vez haya sido designado formalmente o no para el cargo, esto es, de la causa que pudiera haber originado dicho ejercicio y sus avatares (caducidad del cargo, nulidad o irregularidad en la designación). En este sentido, se considera administrador de hecho a quien, en la realidad del tráfico, desempeña sin título – o con título nulo o extinguido – las funciones encomendadas legalmente a los administradores.

Lo relevante, para este punto de vista, es la constatación de una actividad positiva e independiente, en la toma de decisiones vinculadas a la administración y gestión empresarial, que la legislación societaria confía a los administradores formalmente constituidos. Luego, la doctrina admite que quien cumple la función de administración, aunque sólo lo haga *de hecho*, debe responder independientemente de la ausencia de nombramiento formal<sup>187</sup>.

---

172. 3 LC...», AC, n° 1 (2009), pp. 15-49; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, pp. 351-353.

<sup>185</sup> La doctrina uruguaya define al *administrador de hecho* en base a un hecho negativo y uno positivo. El primero es no integrar el órgano de administración. El segundo es detentar el poder de dirección (HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 296; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* [2011], p. 246) o ejercer – por cualquier vía que sea – una influencia decisiva y determinante respecto a las decisiones sociales (PÉREZ IDIARTEGARAY, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, n° 4 [2004]), aun sin ejercer por sí, directamente, la función de administración.

<sup>186</sup> FERRER, *Responsabilidad de los administradores societarios* (2009), p. 113; GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, 3ª ed. (2001), p. 484; SASOT BETES y SASOT, op. cit., p. 73.

<sup>187</sup> ALLENDE, «Conveniencia de regular la actuación de los administradores de hecho en las sociedades comerciales», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), p. 694; FILIPPI, «La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho», id., p. 930; SASOT BETES y SASOT, op. cit., p. 73.

A los efectos expositivos, reduciremos los elementos que configuran la administración de hecho para la doctrina que se afilia a esta concepción clásica en los siguientes tres: el ejercicio de la función de administración; un poder autónomo de dirección y administración; y el consentimiento de los socios.

#### *a. Ejercicio de la función de administración*

En el concepto asentado en la doctrina, la categorización de un sujeto como administrador de hecho depende del ejercicio de la función de administración y no de su nombramiento y aceptación, ni de su inscripción registral<sup>188</sup>. La determinación de quién es administrador de hecho no se realiza en atención a quien conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social. Ha de estarse más a la *funcionalidad* que a la *formalidad*, a quien detenta el poder real de la sociedad más que a quien aparece formalmente investido del mismo<sup>189</sup>.

No es necesario el ejercicio de todas las funciones correspondientes a la administración social, sino que es suficiente que realice efectivamente la generalidad de las mismas<sup>190</sup>. El ejercicio de la función de administración debe ser efectivo y, según algunos, continuado y estable<sup>191</sup>.

La efectividad se encuentra referida a que la actuación del administrador de hecho, para poder ser categorizada como tal, debe traducirse en verdaderos actos

---

<sup>188</sup> JUSTE MENCÍA, «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (nota a las SSTS de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999)», *RDS* (2000), n° 14, p. 454.

<sup>189</sup> II Congreso de Derecho Mercantil, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005, Conclusiones de la tercera mesa redonda, cuarto bloque (calificación y grupos de sociedades), p. 75.

<sup>190</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 553.

<sup>191</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13 (2010), p. 200.

directivos. Sin embargo, al efecto, los meros consejos, sugerencias o recomendaciones, que podrían ser considerados como actos de control o supervisión, pero no de gestión. El socio mayoritario, entonces, no sería administrador de hecho, si su actuación se limitase al control sobre la administración<sup>192</sup>.

Luego, para alguna doctrina, una actividad esporádica o aislada, aunque pueda ser considerada como de dirección, gestión o administración, no permite calificar a quien la realiza como administrador de hecho. Es necesario, para esta doctrina, que la dirección y gestión de la sociedad sea llevada a cabo de manera constante<sup>193</sup>. Para otra prestigiosa doctrina, sin embargo, una actuación aislada u ocasional, debiera aparejar la misma consideración para su autor<sup>194</sup>. Esto parece

---

<sup>192</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, p. 976.

<sup>193</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 553; CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13, p. 190; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 43; DUQUE DOMÍNGUEZ, «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2003); ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles* (2005), p. 97; FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil* (2006), pp. 298 y 299; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo* (2002), pp. 156, 183 y 184; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 70 y 86 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 62; MILLER ARTOLA, *Sociedades anónimas: directorio, síndico* (2005), pp. 54 y 57; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales...», *AC*, n° 5 (2009).

<sup>194</sup> PÉREZ IDIARTEGARAY, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, n° 4 (2004), p. 117.

ser de particular incidencia en el caso de actos del administrador de hecho que pudieran incidir sobre su responsabilidad concursal, en tanto para la calificación culpable del concurso se exige su concreta participación en la causación o agravación del estado de insolvencia societaria. Si un determinado sujeto participó con dolo o culpa grave, en el origen o agravamiento de la insolvencia, no se advierte obstáculo a su consideración como administrador de hecho, aunque se trate de una actuación puntual, consideradas, claro está, las circunstancias del caso<sup>195</sup>.

En cuanto a que la actividad de administración sea ejercida en forma directa por el administrador de hecho, supone la configuración del poder de dirección en sustitución de los administradores de derecho<sup>196</sup>. Lo relevante descansa en el ejercicio directo, se dice, de las tareas propias del órgano de administración<sup>197</sup>. Según esta doctrina, quedaría fuera del concepto de nuestro análisis, entonces, la administración desempeñada a través de personas interpuestas. Por lo tanto, en esta posición, se considera que para responsabilizar al administrador oculto o indirecto, se requeriría una previsión legal expresa<sup>198</sup>.

Existe, también, doctrina que entiende que la categorización de un sujeto como administrador de hecho depende de la apariencia de posición orgánica que se desprende de su actuación e, incluso, encuentra allí el fundamento de la

---

<sup>195</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación...», *Estudios sobre la Ley concursal...*, t. 5, p. 4938; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso* (2004), pp. 127 y 128; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLÁS ALFONSO (1999), p. 346.

<sup>196</sup> LATORRE CHINER, id., p. 977.

<sup>197</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal* (2004), p. 710.

<sup>198</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho...», p. 977.

imputación de responsabilidad<sup>199</sup>. Según esta opinión, la relación orgánica que vincula al administrador con la sociedad se da cuando, en virtud de la apariencia, se ejercitan las funciones que corresponden a un administrador de derecho. Administrador de hecho sería, entonces, quien ejerce la función como un administrador de derecho<sup>200</sup>.

No tenemos el honor de compartir estas últimas posiciones, puesto que no vemos razón alguna para hacer la distinción que proponen, liberando de responsabilidad al administrador oculto o indirecto. Ésta no ha sido la tendencia general de la doctrina, ni de la jurisprudencia más reciente, que ha adoptado un concepto ampliado de administrador de hecho, que comprende tanto al oculto como al indirecto. Se verá más adelante en este trabajo, al analizar la tipología que se evidencia en la jurisprudencia, que ésta se ha valido del concepto de administrador de hecho para extender la responsabilidad concursal a los administradores ocultos e indirectos.

#### ***b. Poder autónomo de decisión***

En general, la doctrina considera que sólo en cuanto la función de administración se despliega con total autonomía puede generarse una situación de administración de hecho<sup>201</sup>.

El administrador de hecho no puede depender de los administradores formalmente instituidos. Al contrario, su actividad se realiza en función de un poder soberano e independiente de dirección y administración, no subordinado a las instrucciones de los administradores formalmente designados, ni de otros

---

<sup>199</sup> CUSNIR, «Directores de facto y teoría de la apariencia», *RDCO*, v. 3, n° 14, p. 239 y ss. (1970), p. 257; MARTORELL, *Los directores...*, p. 196.

<sup>200</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho...», p. 979.

<sup>201</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 553; MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277 (2010), p. 846.

terceros, del mismo modo que lo haría el administrador de derecho<sup>202</sup>. El administrador de hecho, por lo tanto, debe ser capaz de decidir la suerte comercial y financiera de la empresa, imponiendo sus decisiones e influyendo de manera decisiva sobre la gestión<sup>203</sup>.

### *c. Consentimiento de los socios*

Alguna doctrina considera que los socios deben consentir la actuación del administrador de hecho, ya sea en forma plena o por mera tolerancia<sup>204</sup>. Es decir que el consentimiento puede manifestarse en forma tácita, presumiéndose en caso de no oposición de la sociedad frente a la actuación de hecho<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 34; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 708 y 710; FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil* (2006), pp. 299 y 300; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación...», p. 4936; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo* (2002), p. 183; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 71, 72 y 86 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 62; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC...», *AC*, n° 1 (2009); SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Los grupos de sociedades y el concurso de acreedores en la jurisprudencia española (un diálogo con la jurisprudencia)», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales*, coord. SÁNCHEZ ÁLVAREZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2010), pp. 975 y 976.

<sup>203</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 41 y 42.

<sup>204</sup> MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, p. 846.

<sup>205</sup> LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 977.

En este sentido, se dice que sólo pueden ser considerados administradores de hecho aquellos cuya actividad haya sido asumida por los socios. Cualquiera sea el caso – irregularidad, vicio en el nombramiento o inexistencia del mismo por extinción o cualquier otra causa - lo esencial para delimitar el concepto es que haya por los socios una asunción de la actividad desarrollada por el administrador de hecho, considerando vinculada a la sociedad por sus actuaciones<sup>206</sup>.

### **3. Concepto ampliado: el administrador de hecho como aquel que indirectamente administra**

En su acepción más amplia, se considera como administrador de hecho, también, al sujeto que concibe intelectualmente las decisiones e influye en forma determinante sobre quien formalmente ocupa el cargo de administrador, aun sin ejercer por sí, directamente, la función de administración<sup>207</sup>.

Hace ya algún tiempo en que la doctrina reconoce que el constante agravamiento de las responsabilidades que se colocan en cabeza de los administradores sociales ha ido extendiendo el desarrollo de un fenómeno de *traslación de los poderes de gestión*<sup>208</sup> o de *difusión del poder de empresa* a favor de órganos extra institucionales<sup>209</sup>. Esta tendencia conduce a una dislocación de la función de gestión, desde el órgano de administración a sujetos formalmente

---

<sup>206</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, v. 2 (2004), p. 1440; ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (2003), pp. 525 y 526.

<sup>207</sup> FERREIRA TAMBORINDEGUY, «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo...», *Estudios jurídicos*, n° 1 (2006), p. 200.

<sup>208</sup> FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados* (2006), p. 492.

<sup>209</sup> II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005.

extraños a este órgano<sup>210</sup>, que se verifica tanto en el caso en que la sociedad dominante de un grupo se convierte en su administradora de hecho, como en hipótesis de control debida a los especiales vínculos derivados de los llamados *management agreements*. Eventualmente, la traslación del poder de gestión opera en función de contratos de financiamiento o de contratos de distribución (en sentido amplio) o, incluso de un pacto de sindicación de accionistas<sup>211</sup>. Nos referiremos a estos casos, en particular, al analizar la tipología que presenta, en la realidad, las diversas modalidades de administración de hecho.

En estos casos, la posibilidad de considerar como administrador de hecho a quien ejerce indirectamente la gestión social, ha sido admitida tanto en la doctrina española como en la argentina. Algunos autores españoles expresamente realizan la distinción de aquellas situaciones en las que el centro real del poder de administración radica en un sujeto que ni ha sido designado como administrador, ni se oculta detrás de ninguna otra apariencia, sino que, indirectamente, ejerce una influencia sobre los administradores de derecho, que es determinante para la gestión de la sociedad. La administración real de la sociedad, señalan estos autores, se encuentra determinada, indirectamente, por la influencia de un sujeto formalmente ajeno a la estructura orgánica de la sociedad<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> La expresión *difusión del poder de empresa* fue utilizada por MONTALENTI, «Le traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*», *Contratto e impresa*, n° 2, año 3 (1987), p. 440.

<sup>211</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 86, 87, 102 y 103; LATORRE CHINER, *Los administradores...*, pp. 129 y 130.

<sup>212</sup> MARTÍNEZ SANZ, *id.*, p. 61; PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho...», p. 142.

La doctrina argentina, a su vez, con alguna excepción<sup>213</sup>, lo reconoce implícitamente desde que considera al controlante o sujeto dominante, como un administrador de hecho. Así lo hace, por ejemplo, OTAEGUI, cuando expresa que el controlante actúa como administrador de hecho, a través de los administradores de derecho<sup>214</sup>. Del mismo modo MANÓVIL, que dedica un título de su libro sobre *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, al sujeto dominante como administrador *de facto*<sup>215</sup>.

### III. El administrador de hecho en la jurisprudencia y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros

#### A. Jurisprudencia española

##### 1. Concepto de administrador de hecho

La jurisprudencia no provee una definición de administrador de hecho, a pesar de haberse referido repetidas veces a esta figura. Sin embargo, se admite que de la jurisprudencia se desprenden algunos elementos de interés para la delimitación de dos conceptos diversos de administrador de hecho, que se expondrán en las páginas siguientes<sup>216</sup>.

##### a. El administrador de hecho como administrador con nombramiento caducado

El origen del concepto de *administrador de hecho* como *administrador con nombramiento caducado*, se atribuye a la Resolución de la Dirección General de

---

<sup>213</sup> FILIPPI, «La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO, p. 930.

<sup>214</sup> OTAEGUI, *Concentración societaria* (1984), p. 446.

<sup>215</sup> MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado* (1998), pp. 669 y ss.

<sup>216</sup> MARTORELL ZULUETA, «Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles; delimitación conceptual; análisis jurisprudencial», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. VILATA MENADAS (2005), p. 26.

los Registros y del Notariado (RDGRN) de 24 de junio de 1968, en la que se dio por válido un aumento de capital social, a pesar de que la junta general había sido convocada por administradores con cargos caducados por vencimiento del plazo de su nombramiento<sup>217</sup>. La finalidad de esta resolución era asegurar la conservación del negocio jurídico societario, evitando la paralización de la persona jurídica por imposibilidad de actuación de sus órganos<sup>218</sup>.

Este criterio fue mantenido en las resoluciones siguientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que vinculan la doctrina del administrador de hecho a la necesidad de mantener en sus funciones a los administradores con cargo caducado para impedir que la sociedad se vea paralizada<sup>219</sup>.

La jurisprudencia española de la década del setenta coincide en atribuir la condición de *administrador de hecho* a aquél que permanece en el ejercicio de la gestión social, a pesar de que su nombramiento ha caducado<sup>220</sup>. Esta noción de administrador de hecho no desaparece en la jurisprudencia posterior<sup>221</sup>. Por el contrario, el TS ha continuado considerando incluido en el concepto de administrador de hecho a «*quien, habiendo transcurrido el plazo para el ejercicio del cargo, permanece en sus funciones de administración y representación orgánica de la sociedad*»<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> RDGRN de 24/6/1968 (RJ 1968\3662).

<sup>218</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*, p. 972.

<sup>219</sup> RRDGRN de 24/5/1974, de 30/5/1974, de 12/5/1975, de 18/6/1979, de 11/6/1992, de 7/12/1993, de 25/4/1994, de 13/5/1998, de 4/6/1998 y de 24/1/2001.

<sup>220</sup> STS de 3 22/10/1974 (RJ 1974\3970).

<sup>221</sup> STS de 1/4/1986 (RJ 1986\856).

<sup>222</sup> SSTS de 3/10/2008 (JUR 336360) y de 14/5/2008 (RJ 2008\3075).

***b. El administrador de hecho como aquel que efectivamente ejerce la gestión social***

La idea de atribuir la calidad de administrador a quien de hecho ejerce esta función, comienza a aparecer en la jurisprudencia argentina de los sesenta y setenta<sup>223</sup> y se consolida en diversas sentencias posteriores<sup>224</sup>.

En la jurisprudencia española generada en el ámbito mercantil, la idea de atribuir la calidad de administrador a quien de hecho ejerce esta función, comienza a aparecer recién a finales de la década del noventa e inicios del presente siglo, para impedir la elusión de responsabilidades - aun sin una norma legal que habilitase expresamente esta extensión - dependiendo de la acreditación de que fuera éste quien efectivamente tuviese a su cargo la gestión social<sup>225</sup>.

Las primeras sentencias encuentran el fundamento para atribuir la calidad de administrador de hecho, en la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. Así, la STS de 23 de marzo de 1998<sup>226</sup>, en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía, no admite el recurso de casación interpuesto por quienes fueron condenados por la AP de Salamanca, uno en calidad de administrador de derecho y otro de hecho de una sociedad (también, demandada). En la STS se consideró probado que uno de los recurrentes venía realizando sus actividades de

---

<sup>223</sup> SCSJ de 4/9/1968, «Frigorífico Setti SA s/quiebra» (*RDCO*, 1970, p. 239); SSCNCom, Sala B, de 25/8/1977, «Financiera Baires SA c/Kuperman» (*LL* 1979-T, p. 408); Sala B, de 2/12/1966 de diciembre «Frigorífico Setti S.A. s/ quiebra» (*RDCO* 1970, p. 255).

<sup>224</sup> SSTJ de Corrientes, de 31/7/1999, «Chiappe, Enrique c/ Promin SA y/u otro» (*LL Litoral* 1999, p. 59); SSCNCom, Sala D, de 17/11/1994, «Dar SA s/quiebra s/§ de nulidad» (*Errepar-DSE*, n° 99, febrero/1996, t. 7, p. 766); Sala C, de 27/2/1990, «Balbi de Cevallos c/Salaberry» (*RDCO* 1990, p. 776); Sala D, de 19/10/1987, «Frate c/Cavi SA» (*RDCO* 1988, p. 610).

<sup>225</sup> SSTS de 4/2/2009 (*RJ* 2009\1364), de 25/3/2008 (*RJ* 2008\4353), n° 828 de 24/9/2001 (*RJ* 2001\7498); de 14/3/2001 (*RJ* 2007\1793), de 7/6/1999 (*RJ* 4730); de 26/5/1998 (*RJ* 4004) y de 23/3/1998 (*RJ* 1998\1492); SSAP de Palencia, Sec. única, de 18/11/1999 (*AC* 1999\2352) y de Valencia, Sec. 8, de 27/9/1999 (*AC* 1999\2523).

<sup>226</sup> STS de 23/3/1998 (*RJ* 1998\1492).

constructor a través de una sociedad de responsabilidad limitada, de la que era su socio mayoritario y prácticamente único; la sociedad era formalmente administrada y regida por éste y, de hecho, también, por su hijo. En esta sentencia se consideró que la actuación de padre e hijo se confundían con la de la sociedad, existiendo una mezcla absoluta de sus bienes patrimoniales, de manera tal que, según se afirma en la sentencia, que dicha sociedad no servía sino para encubrir el riesgo de las operaciones comerciales de dichas personas. Por ello, se consideró lícito entrar en el sustrato de dicha sociedad, a fin de averiguar la realidad material de la misma y no permitir que al amparo de normas societarias puedan las personas que gestionan sus intereses propios burlar las expectativas de los legítimos acreedores.

La STS de 26 de mayo de 1998, en una acción social de responsabilidad (y, subsidiariamente la individual) contra los administradores de derecho y el factor de una SRL, condenó a éste con el fundamento de que su mala gestión había llevado a la sociedad a una situación económica precaria. La STS, confirmando la SAP de Cáceres, 2<sup>a</sup> Sec., no admite al recurso de casación planteado por uno de los demandados, por rechazar, entre otras cosas, la alegación del recurrente, respecto a revestir la calidad de un mero factor mercantil; en su lugar, se concluyó estar en presencia de un verdadero administrador «*aunque fuere sólo de hecho*»<sup>227</sup>.

En el 2001, el TS confirma la condena a la Inmobiliaria Mesmón SA dictaminada por la AP de Barcelona, Sec. 1<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 1996, como administradora de hecho de Ibitrans SA. Según surge de la sentencia, la primera de las mencionadas adquirió la totalidad de las acciones de Ibitrans SA,

---

<sup>227</sup> STS de 26/5/1998 (RJ 1998\4004): «(...) la sentencia, tras minucioso análisis de todas las pruebas practicadas, de los precedentes sociales en relación con la administración, de los actos realizados por quien la recurrente entiende que sólo es un factor mercantil, llega a la conclusión de que está en presencia de un verdadero administrador, aunque fuere sólo de hecho, de una sociedad familiar (...)»

convirtiéndose en su único socio; luego, removi6 a los anteriores administradores pero no procedi6 a realizar nuevos nombramientos. Ante ello, se plante6 si la acci6n de responsabilidad contra los administradores era ejercitable contra este socio 6nico, en tanto administrador de hecho, puesto que no ser6a posible la existencia de una sociedad an6nima sin la de los 6rganos sociales previstos con car6cter imperativo por la legislaci6n societaria. En esta STS se consider6 que el 6nico socio que de hecho administraba la sociedad, no pod6a alegar una inadmisiblesituaci6n formal de acefalia del 6rgano de administraci6n, provocada por 6l mismo, para excluir su responsabilidad por la gesti6n<sup>228</sup>.

La SAP de Valencia, de 1999, juzg6 en apelaci6n por una acci6n individual de responsabilidad interpuesta por acreedores contra una SRL y sus administradores de derecho y contra un apoderado de la sociedad, como administrador de hecho (ex art. 133 LSA, al que remite la LSRL). En el caso, la SAP, Sec. 8, de Valencia, revoc6 parcialmente la sentencia del Juzgado de 1era Instancia de Valencia del 17 de febrero de 1998, extendiendo la responsabilidad al administrador de hecho<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> STS n6 828 de 24/9/2001 (RJ 2001\7498) ponente GONZ6LEZ POVEDA.

<sup>229</sup> La SAP de Valencia, Sec. 8, de 27/9/1999 (AC 2523), fund6 su sentencia en los t6rminos siguientes: *«El 6nico punto controvertido lo constituye, como se ha dicho, la determinaci6n de si, en este caso, resulta procedente extender la responsabilidad que las normas reguladoras de las sociedades mercantiles establecen respecto de los administradores a otros cargos como representantes voluntarios, gerentes o apoderados, si se acredita que, efectivamente, bajo la doble cobertura de un administrador insolvente y la apariencia de un cargo t6cnico se oculta un verdadero administrador, partiendo de que, efectivamente las normas sancionadoras han de ser interpretadas en forma restrictiva; en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998\4004) viene a amparar la posibilidad de que si el Tribunal de instancia concluye que bajo la apariencia de apoderado o de factor mercantil se esconde el aut6ntico administrador de la sociedad, puede extender a 6ste los efectos perjudiciales de las normas relativas a la responsabilidad de los primeros en las sociedades, siempre que de las pruebas practicadas se extraiga l6gicamente tal conclusi6n; y en tal l6nea, en este caso, la Sala, contrariamente a lo que indica la sentencia, y por razones distintas de la que en 6sta se recogen, considera que nos hallamos ante uno de*

En SAP de Palencia, de 18 de noviembre de 1999 – que revoca la sentencia de 31 de julio de 1999 del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Cervera – se condenó solidariamente con los administradores de derecho, a quien ya había cesado en este cargo pero continuaba ejerciéndolo *de facto*. En este caso, la Sala reconoció que la utilización de personas jurídicas como mera pantalla o apariencia destinada a prestar cobertura de responsabilidad a la actuación negocial de las personas físicas, así como el nombramiento de administradores formales insolventes tras los cuales actúa realmente un administrador de hecho, cuya voluntad rige los destinos societarios, son métodos fraudulentos frecuentemente utilizados en el tráfico jurídico, más difícilmente acreditables mediante prueba plena y directa. Sin embargo, consideró que en el caso se verificaban indicios claros e inequívocos que, enlazados con arreglo a las reglas lógicas, le permitieron concluir, sin duda alguna, no sólo la existencia de un administrador de hecho sino la utilización de la apariencia societaria, bajo la cual realmente se desenvolvía la actuación negocial del codemandado absuelto en primera instancia. Por lo tanto, imputó a éste la responsabilidad propia del administrador de derecho pues, aunque externa y registralmente no ostentaba tales funciones realmente, fue quien las ejerció y, además, aplicó la teoría del levantamiento del velo para evitar que, al socaire de una ficción legal y con abuso de la misma, se pudieran perjudicar intereses públicos o privados<sup>230</sup>.

En SJM de Córdoba de 25/7/2005, se concluyó que una determinada persona era más que un asesor externo de la sociedad, porque si podía administrar materialmente el negocio, proponer las estrategias y los planes de negocio, recaudar y cobrar créditos y pagar deudas, concertar operaciones financieras,

---

*esos supuestos en que el demandado absuelto no es, simplemente, uno de los encargados de gestionar la vida económica de la sociedad como apoderado de ésta, sino que es, realmente, el administrador de hecho de la marcha societaria, siendo su hijo - extremo éste reconocido por ambos - el administrador social pero no quien realmente conoce y controla el desenvolvimiento usual de la entidad mercantil.»*

<sup>230</sup> SAP de Palencia, Sec. única, de 18/11/1999 (AC 2352).

disponer, enajenar o adquirir bienes e intervenir en todas las operaciones de la sociedad, era evidente que, como mínimo, coadministraba la sociedad<sup>231</sup>.

## **2. Elementos de la motivación atributiva de la condición de «administrador de hecho»**

En la actualidad, en la jurisprudencia española es pacífica la posibilidad de extender la responsabilidad más allá de aquellos sujetos que formalmente se desempeñan como administradores sociales, de modo de alcanzar tanto a los administradores aparen-tes como a los ocultos. En particular, ha puesto especial cuidado en la fundamentación de la motivación de la atribución de tal condición, por expresa disposición del art. 172.2.1°. Entre los elementos a que recurre la jurisprudencia para motivar la atribución de la condición de administrador de hecho, destacan los siguientes: el ejercicio efectivo de las funciones de gestión y representación; que esa función se ejerza en forma autónoma e independiente; y que la gestión sea de entidad y continuada.

### ***a. Ausencia de una designación***

Un primer requisito negativo para que un sujeto pueda ser considerado como administrador de hecho consiste en que no haya sido válidamente designado como administrador de derecho y esté vigente esta designación<sup>232</sup> o con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> LÓPEZ APARCERO, *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal, selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil* (2006), p. 235.

<sup>232</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>233</sup> SSTS n° 721 de 4/12/2012 (*RJ* 2013\2405) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS, n° 240 de 14/4/2009 (*RJ* 2009\2897), n° 79 de 4/2/2009 (*RJ* 2009\1364), n° 55 de 8/2/2008 (*RJ* 2008\2664) y n° 261 de 14/3/2007 (*RJ* 2007\1793) en las últimas cuatro ponente XIOL RÍOS y n° 509 de 7/6/1999 (*RJ* 1999\1596), ponente: MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

***b. Ejercicio de la función de administración***

La jurisprudencia exige que el imputado haya asumido y controlado de hecho administración, ejerciendo la función de gestión social que la Ley reserva al órgano de administración<sup>234</sup>. El TS ha considerado como administradores de hecho a aquellos que *«sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades»*<sup>235</sup>. En palabras de la AP de Valencia, sería *«quien efectiva y realmente dirige la entidad o aquel sujeto cuya voluntad rige los destinos societarios, aunque externa y registralmente no ostente tales funciones»*<sup>236</sup>. En un sentido similar, el JM n° 1 de Alicante, en una sentencia reciente, asumió que ostenta la condición de administrador de hecho *«todo aquél que, sin ser jurídicamente verdadero y propio administrador conforme a la normativa mercantil, sin embargo desempeña de hecho las funciones propias del cargo, debiendo por ello ser considerado como tal a fin de evitar la ficción o fraude legal para evadir las severas responsabilidades que a los administradores les impone la Ley»*<sup>237</sup>.

La jurisprudencia ha puntualizado que la caracterización de un sujeto como administrador de hecho no depende meramente de la realización material de determinadas funciones, sino de la actuación en condición de administrador<sup>238</sup>. La jurisprudencia exige que, para categorizar a alguien administrador de hecho, sus

---

<sup>234</sup> STS de 4/2/2009 (RJ, 1364); SSJM n° 1 de Madrid n° 43 de 24/7/2007 (JUR 2010\389283) y de 16/1/2007 (AC 2007\857; ADCo 11, 2007, p. 537).

<sup>235</sup> STS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

<sup>236</sup> SAP de Valencia, de 18/11/1999 (AC 2.352/1999). En el mismo sentido, la SAP de Córdoba de 12/1/2007 (ROJ 2007\ 178491).

<sup>237</sup> SJM n° 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

<sup>238</sup> STS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

actos deben ser asumidos por la sociedad como vinculantes para ella y, por lo tanto, como expresión de la voluntad social<sup>239</sup>.

En un sentido similar, en una sentencia argentina que data de 1968, considerada como un *leading case*<sup>240</sup>, se sostuvo que si la actuación *de facto* ha producido efectos de vinculación de la sociedad en su relación con terceros, tal hecho debe traer consigo la aplicación del régimen de responsabilidad previsto para quien ejerce tales funciones<sup>241</sup>.

### *c. Autonomía o falta de subordinación*

Es preciso acreditar que el sujeto al que se le atribuye la calidad de administrador de hecho, ha ejercido la gestión social desde una postura de autonomía e independencia y, especialmente, que las decisiones, en virtud de las cuales el concurso debe reputarse culpable, han emanado de su propia voluntad<sup>242</sup>.

El administrador de hecho debe evidenciar un auténtico poder autónomo de dirección y administración, sin subordinación a instrucciones de terceros, con total independencia, siguiendo la propia política al margen de la fijada por los administradores de derecho<sup>243</sup>, a los que no se les permite definir otra distinta, de

---

<sup>239</sup> SAP de La Coruña, Sec. 4ª, n° 497 de 7/7/2012 (*JUR* 2013\40901) ponente FUENTES CANDELAS y n° 312 de 6/7/2011 (*JUR* 2011\319319) ponente MARTELO PÉREZ; SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (*JUR* 2011\83082) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>240</sup> MARTORELL, *Los directores...*, p. 196.

<sup>241</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283) y de 16/1/2007 (*AC* 2007\857; *ADCo* 11, 2007, p. 537). SCNC, sala B, 4/9/1968, Sala B, de 4/9/1970, «Frigorífico Setti SACIA», *RDCO*, 1970, p. 239.

<sup>242</sup> SJM n° 2 de Pontevedra, de 20/10/2008 (*ADCo* 17, 2009-2, p. 606); SJM n° 1 de Madrid, de 24/7/2007 (*ADCo* 13, 2008-1, p. 552).

<sup>243</sup> SSAP de La Coruña, Sec. 4ª, n° 497 de 7/7/2012 (*JUR* 2013\40901) ponente FUENTES CANDELAS y n° 312 de 6/7/2011 (*JUR* 2011\319319) ponente MARTELO PÉREZ; SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (*JUR* 2011\83082) ponente SANCHO GARGALLO.

manera soberana<sup>244</sup>, salvo las que deriven de su configuración como órgano de ejecución de acuerdos adoptador por la junta general<sup>245</sup>.

En principio, entonces, no han sido considerados como administradores de hecho, quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos<sup>246</sup>. De ahí que no corresponda, según la jurisprudencia, equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho<sup>247</sup>, sin perjuicio de reconocerse que el apoderamiento puede constituir una vía para ocultar la existencia de un administrador de hecho<sup>248</sup>. Nos remitimos a lo ya dicho sobre este punto al analizar la jurisprudencia del TS relacionada con otros sujetos sometidos a responsabilidad concursal (capítulo cuarto de la primera parte).

#### *d. Habitualidad*

Además de la condición referida, la jurisprudencia exige que las funciones de gestión se hayan llevado a cabo de manera continuada, habitual o, incluso, profesional<sup>249</sup>. No se ha considerado como administración de hecho una intervención puntual en la gestión de la sociedad<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> SAP de Granada, de 16/3/2007 (*ROJ* 2007\272960).

<sup>245</sup> STS n° 721 de 4/12/2012 (*RJ* 2013\2405) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS.

<sup>246</sup> STS n° 509 de 7/6/1999 (*RJ* 1999\1596) ponente MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

<sup>247</sup> SSTS n° 721 de 4/12/2012 (*RJ* 2013\2405), n° 240 de 14/4/2009 (*RJ* 2009\2897), n° 79 de 4/2/2009 (*RJ* 2009\1364), n° 55 de 8/2/2008 (*RJ* 2008\2664), n° 261 de 14/3/2007 (*RJ* 2007\1793), n° 803 de 30/7/2001 (*RJ* 2001\6632) y n° 509 de 7/6/1999 (*RJ* 1999\1596).

<sup>248</sup> SSTS n° 55 de 8/2/2008 (*RJ* 2008\2664), de 20/2/2007 (*RJ* 2007\2069), n° 501 de 7/5/2007 (*RJ* 2007\3405) y n° 948 de 26/5/1998 (*RJ* 1998\4004).

<sup>249</sup> SSTS n° 721 de 4/12/2012 (*RJ* 2013\2405) y de 20/2/2007 (*RJ* 2007\2069). SSAP de La Coruña, Sec. 4ª, n° 497 de 7/7/2012 (*JUR* 2013\40901) y n° 312 de 6/7/2011 (*JUR* 2011\319319). SSJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283 y *ADCo*, 13, 2008-1, p. 570) y n° 1 de Sevilla, de 13/6/2007 (*ADCo*, 13, 2008-1, p. 431).

<sup>250</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (*JUR* 2011\83082) ponente SANCHO GARGALLO.

Incluso, se requiere que sus actos de gestión y dirección hayan tenido entidad suficiente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo<sup>251</sup>.

### **3. Prueba**

La jurisprudencia reconoce que la prueba plena y directa de los elementos que acabamos de referir, es normalmente una prueba diabólica, por lo que se admite que se recurra a prueba indiciaria<sup>252</sup>. Así, por ejemplo, cuando se trata de una sociedad familiar, se ha entendido suficiente que uno de los miembros de dicha familia actúe o intervenga como gerente, apoderado o bajo cualquier otra forma que aparentemente suponga ostentar tal formal condición, sin que sea exigible una prueba categórica de la misma<sup>253</sup>.

#### ***B. Jurisprudencia uruguaya***

##### **1. Jurisprudencia anterior a la LC**

La jurisprudencia uruguaya ha sido renuente a extender la responsabilidad a los administradores de hecho. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia que se generó en torno a la responsabilidad del Banco de Montevideo SA y sus administradores frente a diversos ahorristas, a pesar de que la cuestión de la responsabilidad de los administradores de hecho fue argumentada por la parte actora, no mereció consideración alguna por parte del Tribunal de Apelaciones (TAC) que, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia (JL) en lo Concursal de 1<sup>er</sup> turno<sup>254</sup>, dejó sin efecto la condena respecto a todos los administradores, tanto de hecho como de derecho<sup>255</sup>.

---

<sup>251</sup> SJM n° 1 de Lérida, de 11/11/2008 (*ADCo* 17, 2009-2, pp. 607).

<sup>252</sup> STS de 8/2/2008 (*RJ* 2008\2664).

<sup>253</sup> SAP de Granada de 16/3/2007 (*ROJ* 2007\272960).

<sup>254</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 33, de 29/11/2006, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>255</sup> STAC de 2° t., n° 221, de 17/9/2008, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

## 2. Jurisprudencia posterior a la LC

A pesar de haberse consagrado expresamente la figura del administrador de hecho, la jurisprudencia concursal uruguaya no recurrió a este concepto hasta el 2013.

La primera sentencia que incluyó entre los afectados por la calificación concursal al administrador de hecho fue dictada el 2 de abril de 2013 por el JLC de 2° t.<sup>256</sup>. En los considerandos de esta sentencia, sin embargo, no se expresan los fundamentos por los cuales se categorizó a uno de los socios de la concursada como administrador de hecho<sup>257</sup>.

En cuanto a la condena a un administrador de hecho al pago del déficit concursal la primera sentencia fue dictada el 6 de junio de 2013<sup>258</sup> y confirmada el 20 de noviembre de 2013 por el TAC de 2° turno<sup>259</sup>. En el caso, la administración concursal imputó a un sujeto, de profesión contador, la calidad de administrador de hecho y, consecuentemente, solicitó que se declarara su inhabilitación y se le condenara, conjuntamente con el administrador de derecho, a la cobertura de la totalidad del déficit concursal. El imputado, en su defensa, argumentó que su función en la concursada se limitaba a la propia de su profesión, encargándose de los asuntos financieros, administrativos, de personal y generales. Trataba con el personal, con los proveedores, con los clientes y supervisaba el departamento administrativo de la empresa. Realizaba proyecciones de flujo de fondos, coordinaba con el departamento de producción y la oficina de presupuestación,

---

<sup>256</sup> SJLC de 2° t., n° 372 de 2/4/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>257</sup> Esta sentencia desestimó la oposición promovida contra la calificación del concurso, declarando al concurso como culpable, declaró como personas afectadas por la calificación a la presidente y único integrante del directorio de la concursada y al co-administrador de hecho y decretó la inhabilitación de ambos para administrar bienes propios o ajenos, así como para representar a cualquier personas durante un período de cinco años.

<sup>258</sup> SJLC de 2° t., n° 818, de 6/6/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>259</sup> STAC de 2° t., de 20/11/2013, ponente PÉREZ BRIGNANI.

asesoraba y planificaba con el director de la sociedad los pasos a seguir. De alguna manera, se presentó a sí mismo, más que como el contador de la concursada, como su factor o gerente general.

De la prueba producida en el caso, la sentencia destaca documentación dirigida al imputado como representante de la sociedad y declaraciones testimoniales de la que surgiría que quien tomaba las decisiones por la concursada era éste. En la consideración del Magistrado interviniente, se tomó en cuenta que el imputado representaba a la concursada en diversos actos como solicitudes de refinanciamiento, realizaba los pedidos, autorizaba los pagos, realizaba negociaciones con cheques, era el interlocutor válido de la concursada, impartía instrucciones y negociaba condiciones comerciales<sup>260</sup>.

Entonces, desde lo que hasta aquí se lleva reseñado, parece quedar comprobado que el imputado como administrador de hecho desarrollaba actividades en la concursada, propias de un gerente. Pero el gerente, aun el gerente general, no es por ello necesariamente un administrador de hecho. El elemento definitorio para el juez en la causa fue la confirmación de que el administrador de derecho era un mero testaferro. En este sentido, resultó de las declaraciones testimoniales, que ninguno de los testigos conocía ningún director de la concursada que no fuera el imputado a quien la sindicatura atribuyó la calidad de administrador de hecho. Uno de los testigos, en particular, declaró que el administrador de derecho cumplía funciones como mandadero en la sociedad concursada y que en ningún momento tomaba decisiones respecto a compras, pagos o refinanciaciones.

---

<sup>260</sup> En la segunda oportunidad en que se ha condenó a administradores de hecho a la cobertura del déficit concursal, la sentencia se limitó a argumentar que resultó acreditado por testimonios coincidentes que los categorizados como tales eran quienes tomaban las decisiones en la gestión de la sociedad concursada (SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013, ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI). Esta sentencia fue recurrida pero, hasta el momento de presentación de esta tesis, no hubo resolución del tribunal de alzada.

De modo que, en el caso se terminó probando la calidad de administrador de hecho no tanto por la actuación de éste, que hasta cierto punto podría ser equívoca, sino por la convicción de que quien ocupaba formalmente el cargo de administrador evidentemente era un testaferro. Consecuentemente, en la sentencia se condenó tanto al administrador de derecho como al de hecho, a pagar del déficit concursal más su inhabilitación por cinco años.

### *C. Jurisprudencia argentina*

La jurisprudencia argentina viene admitiendo, ya desde la década del sesenta, que quien cumple la función de administración, aunque sea de hecho, debe responder, independientemente de la ausencia de un nombramiento formal, a través de varias sentencias de las Cámaras Nacionales de Comercio<sup>261</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en pocas ocasiones y tangencialmente respecto del tema en análisis. Además de en el caso Frigorífico Setti<sup>262</sup>, la Corte ha interpretado que debe prevalecer la buena fe de los terceros frente a cuestiones de organización interna de una sociedad, las que no pueden oponerse a ellos<sup>263</sup>.

En especial, en materia fiscal, viene siendo reconocida la figura del administrador de hecho en forma pacífica, respecto a quien actúa frente a terceros como administrador de la sociedad, aunque no esté investido por designaciones hechas con ciertas solemnidades<sup>264</sup>. Así, por ejemplo, la Sala B de la CN en lo

---

<sup>261</sup> SCNCom., Sala B, 2/12/66, «Frigorífico Setti S.A. s/Quiebra», *RDCO*, 1970, p. 255; SCNCom., Sala B, 25/8/77, «Financiera Baires S.A. c/Kuper-man», *LL*, t. 1979-B, p. 408; SCNCom., Sala D, 19/10/87, "Frate S.A.", *RDCO*, 1988, p. 610; SCNCom., Sala C, 27/2/90, «Balbi de Cevallos c/Salaberry», *RDCO*, 1990, p. 776 y SCNCom., Sala D, «Dar S.A. s/Quiebra de nulidad», *ERREPAR -DSE-* n° 99, febrero/96, t. 7, p. 766.

<sup>262</sup> SCSJ, 4/9/68, «Frigorífico Setti SA s/Quiebra», *RDCO*, 1970, p. 239.

<sup>263</sup> SCSJ, fallo 302:1065, «SA Consolidación I.I.C. vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales».

<sup>264</sup> SCNPE, Sala A, de 6/8/2007, «Bengen Sergio». En este caso se imputó responsabilidad penal por el delito de evasión a quien se consideró como administrador de hecho.

Penal Económico confirmó el auto de procesamiento con prisión preventiva al accionista de tres empresa que se encontraban bajo investigación por el delito de evasión tributaria por considerarlo «administrador de hecho». Evaluaron en el fallo que el Sr. HRG habría tenido el poder de decisión y dirección sobre las personas físicas que ocupaban los cargos jerárquicos de las tres sociedades, poseyendo la administración de hecho de todo el grupo societario, lo cual consideraron que esta circunstancia obedecía a un plan común tendiente a evitar la exteriorización de la capacidad contributiva de la una de las sociedades mediante el desarrollo solo formal de las actividades societarias por parte de las otras dos empresas pertenecientes al mismo grupo societario<sup>265</sup>.

En materia concursal la jurisprudencia argentina ha reconocido repetidas veces a la figura de hecho, ya desde la década del sesenta, a través de varias sentencias de las CCNNC. En algunos casos se recurrió a esta figura para impedir la salida al exterior (art. 25 LCA) del administrador de hecho, como en el caso del concurso preventivo de Correo Argentino y Telearte SA<sup>266</sup>. En otros casos, por entender que quien cumple la función de administración, aunque sea de hecho, debe responder, independientemente de la ausencia de un nombramiento formal<sup>267</sup>.

En cuanto a la CSJN, se ha expedido en pocas ocasiones y tangencialmente respecto del tema en análisis. En esas ocasiones ha interpretado que debe

---

<sup>265</sup> SCNPE, Sala B, de 17/12/2004, «Roppic SA, Servintsa SA; Editorial Sarmiento s/ Infracción Ley 24769».

<sup>266</sup> Vide: FILIPPI, «La figura del "administrador de hecho" en las sociedades anónimas», *LL*, 2004-A, p. 1262.

<sup>267</sup> SCNCom., Sala B, 2/12/66, «Frigorífico Setti S.A. s/ Quiebra», *RDCO*, 1970, pp. 239 y ss.; SCNCom., Sala B, 25/8/77, «Financiera Baires SA c/Kuperman», *LL*, t. 1979-B, p. 408; SCNCom., Sala D, 19/10/87, «Frate SA», *RDCO*, 1988, p. 610; SCNCom., Sala C, 27/2/90, «Balbi de Cevallos c/Salaberry», *RDCO*, 1990, p. 776 y SCNCom., Sala D, «Dar SA s/Quiebra de nulidad», *Errepar*, n° 99, febrero/96, t. 7, p. 766.

prevalecer la buena fe de los terceros frente a cuestiones de organización interna de una sociedad, las que no pueden oponerse a ellos<sup>268</sup>.

#### **IV. Diferencia con la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica**

Ha sido ampliamente reconocido primero por la doctrina y la jurisprudencia, y, luego, en algunas legislaciones, que la personalidad jurídica puede ser un instrumento para burlar un Ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros, debiendo, en tales hipótesis, ser descartada, arribando así al desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad comercial en un caso concreto, a fin de permitir llegar a las personas detrás de aquélla y a la realidad económica subyacente, para aplicarles el Derecho correspondiente a la situación concreta. El *levantamiento del velo* de la personalidad jurídica societaria, de un lado, y la responsabilidad de los administradores de hecho, de otro, se presentan como remedios que procuran restaurar la integridad de una obligación o de una responsabilidad que escapa, en principio, de los confines de la personalidad jurídica de la sociedad obligada, en un caso, y de la actuación de los administradores de derecho, en el otro<sup>269</sup>. Existe, entonces, una identidad de objetivo entre la acción de inoponibilidad o desconsideración de la personalidad jurídica, y la extensión de responsabilidades al administrador de hecho, sean estas societarias o concursales: evitar que prevalezcan las apariencias formales sobre la realidad, especialmente cuando mediante esa apariencia se pretenden eludir responsabilidades. Sin perjuicio de esa identidad de objetivo, doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que el alzamiento del velo de la personalidad jurídica y la extensión de la

---

<sup>268</sup> SSCSJN de 4/9/1968, «Frigorífico Setti SA s/Quiebra», *RDCO*, 1970, p. 239 y n° 302:1065, «SA Consolidación IIC vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales».

<sup>269</sup> HERNANDO CEBRIÁ, «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, n° 280, abril-junio, p. 167.

responsabilidad de los administradores a quienes lo son de hecho, son instrumentos jurídicos autónomos, que han de ser suficientemente diferenciados<sup>270</sup>.

### *A. Derecho español*

En la doctrina española se considera al *levantamiento del velo* como una expresión metafórica que refiere a diferentes instrumentos – fraude de Ley, abuso de derecho, simulación - a través de los cuales, desconociendo a la personería jurídica societaria, se imputan los efectos de un acto directamente sobre los socios<sup>271</sup>.

Alguna doctrina considera que en aquellos casos en que el administrador de hecho tuviere la condición de socio, la posibilidad de responsabilizarlo prevista en la legislación societaria sería uno de los instrumentos referidos, con efectos equivalentes a los que sería posible alcanzar mediante el levantamiento del velo<sup>272</sup>. Así mismo, se considera que algunos supuestos en que resulta aplicable el art. 172 bis de la LCE podrían albergar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo<sup>273</sup>. Esto se produce, especialmente, cuando los socios ocupan el cargo de administradores de la sociedad<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> HERNANDO CEBRIÁ, id., p. 136.

<sup>271</sup> BOLDÓ RODA, *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles* (1993), p. 191.

<sup>272</sup> BOLDÓ RODA, id., p. 379.

<sup>273</sup> BOLDÓ RODA, «Veinte años de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1<sup>era</sup> del Tribunal Supremo», *Derecho de sociedades...*, v. 1 (2002); GARNICA MARTÍN, «El levantamiento del velo de la persona jurídica», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. VILATA MENADAS (2005), p. 123.

<sup>274</sup> VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital...*, pp. 139 y 140.

## 1. Doctrina

La divulgación de la doctrina del levantamiento del velo tuvo lugar en España, a mediados de los años cincuenta, como consecuencia de la traducción al castellano de la obra de SERICK llevada a cabo por PUIG BRUTAU<sup>275</sup>. A pesar de esa relativamente temprana recepción de esa doctrina, no ha tenido consagración en la legislación española. Consecuentemente, algunos autores no la consideran aplicable.

En líneas generales, el rechazo se fundamenta en la vaguedad de las nociones que se aluden para justificar dicha doctrina – fraude, abuso de derecho, equidad – en contradicción con el principio de seguridad que debe regir todo ordenamiento jurídico<sup>276</sup>. No obstante, la doctrina mayoritaria justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de hacer responsables a los socios con su patrimonio personal frente a las deudas sociales, como consecuencia de la utilización abusiva de la personalidad jurídica en fraude a la Ley o en perjuicio de terceros<sup>277</sup>. Al menos esto se admite como una última *ratio*, individualizando una serie de grupos de casos típicos en los que procedería la aplicación del levantamiento del velo: confusión de esferas patrimoniales, control o dirección efectiva externa en materia de grupos de sociedades; infracapitalización material, abuso de la personalidad en fraude de Ley o incumplimiento de obligaciones<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica* (1958).

<sup>276</sup> CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones* (1984), p. 71; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades* (1976), p. 167.

<sup>277</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal». *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6444, p. 6.

<sup>278</sup> BOLDÓ RODA, «Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado, Actas del*

En todo caso, más allá de la división de los autores sobre esta cuestión, la doctrina advierte que no es necesario levantar el velo de la personalidad jurídica para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores de hecho, pareciéndoles preferible acudir a otras disposiciones que sí han sido expresamente previstas en la legislación española<sup>279</sup>. El levantamiento del velo sería un mecanismo excepcional y, por lo tanto, interpretarse restrictivamente<sup>280</sup>.

## 2. Jurisprudencia

En un primer momento, el TS no fundó sus sentencias expresamente en esta doctrina, sino en lo que se calificó como *doctrina de terceros*<sup>281</sup>. La *doctrina de terceros* no es del todo equiparable a la de *levantamiento del velo*, pero ambas coinciden en las soluciones alcanzadas. Por ejemplo, con base en aquella doctrina, el TS cuestionó que una sociedad pudiera ser considerada como ter-cero respecto

---

*primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), p. 275; BOLDÓ RODA, *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, p. 9; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de sociedades*, 20 ed. (2013), p. 306; EMBID IRUJO, «El levantamiento del velo de la sociedad anónima: doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad», *Tribuna social, Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 17 (1992), p. 7.

<sup>279</sup> GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...*, p. 180; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 24-30; LOBAT DE BLAS, «Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista Jurídica de Navarra*, n° 15 (1993), p. 163; RUIZ-RICO RUIZ, «El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: argumentaciones jurídicas tendientes a reducir su aplicabilidad», *ADCo*, julio-setiembre (2000), pp. 923-937.

<sup>280</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas...». *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6444, p. 7.

<sup>281</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español* (2006), pp. 32, 175 y ss.; HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento del velo societario, estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles* (2000), pp. 48-54.

de actos, derechos o situaciones relacionados con sus socios. Del mismo modo se plantea la consideración del socio como tercero en sus relaciones con la sociedad. En el primer sentido, el TS negó la condición de tercero a una pretendida sociedad familiar constituida para incumplir una obligación de pago derivada de un laudo (STS de 7 de junio de 1927).

La primera sentencia en la que se alude a «*investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma*» es la STS de 28 de mayo de 1980<sup>282</sup>. Sin embargo, un pronunciamiento íntegro respecto a la doctrina del levantamiento del velo se formula por primera vez en la STS de 8 de enero de 1984<sup>283</sup>.

La doctrina del levantamiento del velo, también, es referida en algunas sentencias importantes de la década de los noventa, que se ocupan de precisar las condiciones de su utilización<sup>284</sup>. En particular, merece destaque la STS de 31 de octubre de 1996, en la que es preciso advertir que la doctrina debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos, de forma subsidiaria, cuanto no puedan

---

<sup>282</sup> STS de 8/1/1980 (RJ 1980/21).

<sup>283</sup> En la STS de 28/5/1984 (RJ 1984/2800), la doctrina del levantamiento del velo es expuesta en los términos siguientes: «*Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1º1 y 9º.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa in-dependencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 del Código Civil).*»

<sup>284</sup> SSTs de 31/10/1996 (RJ 1996\7728), de 20/6/1991 (RJ 1991\4526) y de 2/4/1990 (RJ 1990\2687); SAP de Alava, de 3/7/1992 (AC 1992\1055).

esgrimirse otras armas sustantivas y procesales<sup>285</sup>. Este criterio es mantenido en la jurisprudencia posterior<sup>286</sup>.

En la actualidad, existe doctrina consolidada jurisprudencialmente en cuanto a considerar que el levantamiento del velo se aplica al concurrir fraude en la constitución de la personalidad jurídica<sup>287</sup> y cuando se considera probado que la sociedad *«carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia»*<sup>288</sup>.

La jurisprudencia reciente, además del criterio de subsidiariedad que referíamos, la jurisprudencia ha señalado las siguientes condiciones para que proceda su utilización.

---

<sup>285</sup> STS n° 883 de 31/10/1996 (RJ 1996\7728) ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA.

<sup>286</sup> SSTS n° 506 de 30/5/1998 (RJ 1998\4075) y n° 920 de 25/10/1997 (RJ 1997\7359) en ambas ponente MORALES MORALES.

<sup>287</sup> SSTS n° 336 de 5/4/2001 (RJ 2001\4783) ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA y n° 107 de 12/2/1999 (RJ 1999\654) ponente VILLAGÓMEZ RODIL. SAP de Girona, Sec. 2ª, n° 101 de 10/3/2003 (AC 2003/755) ponente FERNÁNDEZ FONT. SJM n° 1 de Valencia n° 102 de 23/9/2005 (AC 2006\406) ponente VILATA MENADAS.

<sup>288</sup> STS n° 497 de 29/7/2013 (RJ 2013\5010) ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ. En esta sentencia alude a la acreditación en la recurrida de la AP, Sec. 1ª, de Oviedo, de 26/6/2010, de tales vinculaciones personales y económicas entre dos sociedades, que revelan que el capital social de una y otra mercantil se encuentra en manos de una misma familia, hasta la práctica coincidencia de domicilios sociales y que tanto las labores de fabricación como de montaje de las máquinas objeto del encargo por la parte actora a una de las sociedades, fueron llevados a cabo en los talleres de la otra y que ese mismo lugar sirvió como sede para todas las reuniones mantenidas con la parte actora, así como dirección a la que se remitían las comunicaciones mediante fax. Se consideró probada la existencia de unidad de dirección en el proceder de ambas sociedades y que una de ellas fue utilizada como un mero instrumento para preservar el patrimonio de la otra frente a las eventuales responsabilidades económicas que se pudieran derivar de la contratación con la parte actora.

En similares términos se pronuncian las SSTS n° 450 de 8/5/2001 (RJ 2001\7381) ponente O'CALLAGHAM MUÑOZ y n° 967 de 17/10/2000 (RJ 2000\8046) ponente ALMAGRO ROSETE.

En primer lugar, la doctrina del levantamiento del velo puede ser utilizada para evitar que el abuso de la personalidad jurídica perjudique intereses públicos o privados, cause daño ajeno o burle los derechos de los demás. En expresión que se repite desde la STS de 31/1/2000, se dice que se aplica la doctrina del levantamiento del velo «*Con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (...) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos*»<sup>289</sup>.

En segundo lugar, se trata de evitar que se utilice la personalidad jurídica societaria como un instrumento para la defraudación o con un fin fraudulento<sup>290</sup>. En este sentido, ha sido dicho que la doctrina del levantamiento del velo sirve para evitar que aquello que la personalidad jurídica societaria sea utilizada para burlar los derechos de un tercero<sup>291</sup>. Esta finalidad se evidencia cuando se trata de eludir responsabilidades personales<sup>292</sup> y, entre ellas, el pago de deudas<sup>293</sup>.

En lo que interesa particularmente a esta tesis, no obstante la amplia recepción de esta doctrina, corresponde mencionar a la STS de 14 de julio de 2004 que, a la hora de atribuir responsabilidades a los administradores, descarta su aplicación. Con extrema claridad señala que no es admisible la confusión entre una administración social perjudicial para los acreedores y la identificación de la sociedad con la persona de sus socios, negándole la personalidad jurídica. Según

---

<sup>289</sup> SSTS n° 36 de 31/1/2000 (RJ 2000\65) ponente MORALES MORALES y n° 866 de 22/11/1999 (RJ 1999\9047) ponente GULLÓN BALLESTEROS. Vide, también: STS n° 497 de 29/7/2013 (RJ 4096/2013) ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ.

<sup>290</sup> STS n° 1019 de 9/11/1998 (RJ 1998\8592) ponente MORALES MORALES. SAP de Cádiz, Sec. 6ª, n° 19 de 12/2/2000 (AC 2000\1236) ponente PACHECO AGUILERA.

<sup>291</sup> STS n° 497 de 29/7/2013 (RJ 4096/2013) ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ.

<sup>292</sup> SSTS n° 516 de 20/6/2005 (RJ 2005\6426) ponente ALMAGRO ROSETE, n° 284 de 14/4/2004 (RJ 2004\2624) ponente MARÍN CASTÁN y n° 331 de 28/3/2000 (RJ 2000\1783) ponente ALMAGRO ROSETE.

<sup>293</sup> SSTS n° 995 de 27/10/2004 (RJ 2005\7042) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL y n° 482 de 19/5/2003 (RJ 2003\5213) ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ.

el TS, la solución del perjuicio causado por la mala administración no debe venir por la vía de la negación de la personalidad jurídica societaria sino por la implementación de las responsabilidades que la Ley atribuye a los administradores<sup>294</sup>.

Tampoco se admite la aplicación de esta doctrina toda vez que exista un grupo de sociedades, por más que las sociedades osténten el mismo accionariado y una única unidad de dirección. Debe ser demostrado el acaecimiento de circunstancias excepcionales que justifiquen una consolidación de inventarios y de listas de acreedores<sup>295</sup>.

En una sentencia reciente de la AP de Córdoba se recurrió a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para atribuir la condición de administradora de hecho a una sociedad anónima cuyo sustrato personal era idéntico al de la sociedad concursada. Por esa vía, se rechazó la impugnación del listado de acreedores presentado por aquella sociedad anónima. La AP confirmó la categorización de la impugnante como acreedora subordinada fundada en su condición de administradora de hecho<sup>296</sup>.

### ***B. Derecho uruguayo***

La legislación societaria uruguaya estableció una regulación destinada a canalizar las pretensiones de desconsideración de la personalidad jurídica en el art. 189 de la LSC. Allí se autoriza a prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad en determinados casos que preceptivamente se determinan, indicando la vía procesal a seguir<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> STS n° 852 de 14/7/2004 (RJ 2004\4672) ponente GULLÓN BALLESTEROS.

<sup>295</sup> STS n° 738 de 13/12/2012 (RJ 2013/1249) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>296</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 100 de 20/5/2013 (JUR 2013\332016) ponente VELA TORRES.

<sup>297</sup> El art. 189, bajo el título «*procedencia*», establece: «(Procedencia). Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

## 1. Interpretación de las normas que habilitan el levantamiento del velo de la persona jurídica

La SCJ y el TAC de 2º turno<sup>298</sup> - de especial importancia para esta tesis por ser el único tribunal de alzada en materia concursal - han considerado que la desestimación de la personalidad jurídica debe quedar limitada a casos excepcionales, en los cuales se ponga de manifiesto una apariencia engañosa o una simulación preconcebida. Concretamente, la SCJ ha considerado que el *disregard* es una acción excepcional y que, dado su carácter de excepcionalidad es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores<sup>299</sup>.

---

*Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.*

*Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.»*

Del mismo modo, el § 2 del art. 54 de la LSCA, incorporado por la Ley 22.903 de 1983, establece la posibilidad de imputar directamente a los socios o controlantes, la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados por la violación de la Ley, el orden público o la buena fe, o por la frustración de derechos de terceros, en cubiertos por la personalidad jurídica de una sociedad.

<sup>298</sup> SSCJ n° 541 de 18/11/2013 (red. PÉREZ MANRIQUE) y 123 de 9/3/2000, y en las Sentencias del TAC de 2º t., n° 324 de 9/11/2011 (PÉREZ BRIGNANI [r.], SOSA AGUIRRE, FRANÇA NEBOT), del TAC de 3º t., n° 234/003 (CHALAR [r.], KLETT y MINVIELLE, *LJU*, t. 131, c. 14.953).

<sup>299</sup> SSCJ n° 123 del 9/3/2000: «*La mayoría de la Corte, considera que el dis-regard es una acción excepcional mediante la cual el juez está habilitado a ingresar dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas (o jurídicas) que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente, a fin de aplicar aquellas normas de derecho que correspondieren evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter de excepcionalidad es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores, lo cual como se dijo, no quedó demostrado en el caso de autos.*»

Otra parte de la jurisprudencia aboga por una interpretación amplia de las disposiciones en análisis, en el entendido de que al sostener a ultranza el valor absoluto de las instituciones jurídicas, se corre el peligro de crear escudos protectores de la ilicitud, haciendo caer al Derecho en una profunda contradicción o reduciendo su papel a un mero conjunto de reglas de juego vacías de contenido. En este sentido, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 4° y 5° turno, han señalado que la enumeración de finalidades que justifican la prescindencia de la personalidad jurídica no fue efectuada en forma taxativa. Para que pudiera considerarse como una enumeración taxativa, la norma debió decir «*sólo podrá prescindirse...*», cosa que no hizo<sup>300</sup>. No se justifica, entonces, la aplicación de un criterio restrictivo aunque los jueces deben apreciar, en cada caso, con precaución, si se da o no una desviación en la actuación de la sociedad que justifique la desconsideración de la personalidad jurídica. En este sentido, la jurisprudencia uruguaya ha entendido que la situación de privilegio creada por la personalidad jurídica societaria, consistente en la derogación del régimen de responsabilidad del Derecho común, se encuentra condicionada a una lógica reversión, ni bien se violan las condiciones de uso a las cuales el legislador ha supeditado la vigencia e invocabilidad de la franquicia<sup>301</sup>.

## **2. Supuestos en que procede el levantamiento del velo de la persona jurídica**

El art. 189 de la LSC establece las condiciones bajo las cuales tiene procedencia una acción de levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria. De su § 1 se desprende que se habilita la acción de prescindencia de la personalidad jurídica societaria, cuando ésta haya sido utilizada con algunas de las tres finalidades siguientes: «*en fraude a la Ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros*». La conjunción «*o*», empleada al enumerar las finalidades que justifican la

---

<sup>300</sup> STAC de 4° t., n° 160/000, TURELL, LARRIEUX y TOBÍA (*LJU*, t. 124, c. 14.199).

<sup>301</sup> STAC de 5° t., n° 101/000, VAN ROMPAEY [r.], PRESA BAYCE y ROCHÓN (*LJU*, t. 122, c. 14.030).

prescindencia, tiene un claro valor disyuntivo, por lo que basta que la personalidad sea utilizada en alguna de esos supuestos para que pueda recurrirse a la acción de inoponibilidad.

La actuación «*en fraude a la ley*» ocurre cuando se actúa de acuerdo a las normas jurídicas pero contrariando los fines para los cuales éstas se han dictado. Habrá fraude a la Ley cuando se utilice el negocio societario con fines distintos a los queridos por el legislador<sup>302</sup>.

La LSC organiza el instrumento societario para permitir que dos o más personas unan bienes y esfuerzos para realizar una actividad económica. La concesión de la responsabilidad limitada se otorga en forma de verdadero privilegio, que se niega al resto de la población, a saber: el derecho de responder frente a las deudas con sólo un sector de su patrimonio, mientras que los demás deben responder por las deudas derivadas de su actividad con todos sus bienes<sup>303</sup>. Si el instrumento jurídico se utiliza por una persona con otros fines como, por ejemplo, meramente el de limitar su responsabilidad personal para el ejercicio de actividades económicas, la sociedad está actuando en fraude a la Ley.

El segundo caso en que puede prescindirse de la personalidad jurídica de una sociedad, se suscita cuando ésta es utilizada para violar el orden público. La violación del orden público se produce cuando mediante el negocio societario se vulneran normas de interés general, como podría ser el caso en que una persona constituya una sociedad anónima para transferirle bienes y, luego, distribuir las acciones al portador entre ciertas personas en particular, vulnerando las legítimas para el caso de muerte.

---

<sup>302</sup> CAPUTTO, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria, Inoponibilidad de la persona jurídica societaria* (2006), p. 91; MOSSET ITURRASPE, «El fraude a la Ley», *RDPC*, v. 4, *Fraudes*, p. 12 (1993), p. 12.

<sup>303</sup> DOBSON, *op. cit.*, p. 64.

En cuanto al fraude y perjuicio de los derechos de socios, accionistas o terceros, la jurisprudencia ha entendido que su constatación es un supuesto insoslayable, no sólo por imperio legal sino por la razón de ser y fundamentos de la prescindencia de la personalidad jurídica<sup>304</sup>. No obstante, nuestra jurisprudencia ha considerado, también, que la desestimación de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos y verdaderamente excepcionales, en los cuales se ponga de manifiesto una apariencia engañosa, una simulación preconcebida con fines reprobables<sup>305</sup>.

Así, por ejemplo, se ha considerado que existe fraude a terceros cuando una persona constituye una sociedad para traspasarle sus bienes e insolventarse en perjuicio de sus acreedores. Aquí el principio de diversidad (persona jurídica – persona o personas física socias) es explotado para fines fraudulentos y la sociedad no pasa de ser otra cosa que el mismo deudor bajo otra figura<sup>306</sup>.

Existe, también, fraude a terceros, cuando una sociedad anónima vende los bienes que integran su patrimonio y distribuye el resultado de esa venta entre sus accionistas, sin atender previamente el pago de sus deudas. De esta manera, la sociedad se insolventa en perjuicio de sus acreedores. Si no fuera por la acción de inoponibilidad prevista por la Ley, los acreedores no podrían acceder al patrimonio de los accionistas, que se valieron de la personalidad jurídica societaria para defraudar a aquellos.

Por último, por su vinculación con los supuestos de administración indirecta, corresponde analizar la procedencia de la acción de inoponibilidad de la personería jurídica en supuestos de abuso del derecho de control. Así, por ejemplo, se admitió la procedencia de esta acción en el caso de varias sociedades

---

<sup>304</sup> STAC de 2° t., n° 324 de 9/11/2011y n° 221 de 17/9/2008; STAC de 4° t., n° 243, de 24/10/2007.

<sup>305</sup> STAC de 3<sup>er</sup> t., n° 234/003 (*LJU*, t. 131, c. 14.953).

<sup>306</sup> STAC de 2° t., n° 197/003, *CHEDIAK, SOSA [r.], SALVO y SASSÓN [d.]* (*LJU*, t. 129, c. 14.794).

agropecuarias, respecto de las cuales se verificaba un agrupamiento societario, con la dirección, control o poder dominante de una misma persona que, utilizando la operativa de transferencias patrimoniales de activos de una sociedad a otra, trató de insolventar a una de las sociedades, en fraude y perjuicio de los créditos de los accionistas<sup>307</sup>.

Sin perjuicio del caso que se acaba de referir, en la jurisprudencia uruguaya se ha hecho hincapié en que la simple existencia de un grupo, conjunto económico o cualquier forma de concentración de empresas no amerita, por sí, la desconsideración de la personalidad jurídica societaria<sup>308</sup>. Por lo demás, si alguna duda hay sobre el control, la jurisprudencia uruguaya ha considerado que, en sí mismo, no es fundamental, ni suficientes para constituir fraude, porque el control es «*intrínsecamente lícito*»<sup>309</sup>. Es necesario invocar y acreditar una actuación fraudulenta<sup>310</sup>.

### 3. Prueba

El art. 189, en el § 2, de la LSC exige prueba fehaciente de los hechos que hacen admisible a la desestimación, esto es, de la efectiva utilización de la sociedad como instrumento para lograr el fraude a la Ley o para perjudicar a

---

<sup>307</sup> STAC de 5° t., 101/000.

<sup>308</sup> SSTAC de 2° t., n° 221, de 17/9/2008, y de 4° t., n° 243, de 24/10/2007.

<sup>309</sup> STAC de 2° t., n° 163/2010.

<sup>310</sup> En la STAC de 4° t., n° 243 de 24/10/2007 se llegó a consignar que, con las probanzas incorporadas, «*en todo caso lo que puede concluirse es que ante la situación de crisis financiera generalizada se utilizaron recursos de alguna entidad en beneficio de otra, nada más*» (sic). Y continúa: «*Aun cuando TCB y BM fueran entidades independientes jurídicamente, pero integrantes del Grupo Velox, dirigido por la familia Peirano que definía las políticas de los productos de inversión, ello para nuestro derecho es lícito, que solamente desvalora la conducta vulneratoria del cumplimiento del objeto de la controlada y/o los intereses de sus socios y accionistas (...)*».

terceros<sup>311</sup>. No obstante, en esta materia debe recordarse que, por la naturaleza del asunto, difícilmente existirá prueba documental de los hechos que configuran los casos que hacen posible la prescindencia<sup>312</sup>. La prueba de que se usa del esquema societario y de la personalidad jurídica con fines no tutelados por la Ley, necesariamente se deberá armar sobre indicios que sirvan de base a presunciones judiciales, tal como sucede en materia de simulación<sup>313</sup>. La jurisprudencia es enfática en cuanto a que esos indicios deben ser valorados racionalmente y al amparo de las reglas de la sana crítica<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> SSCJ n° 123 del 9/3/2000.

<sup>312</sup> No se utiliza términos del Proyecto PÉREZ FONTANA, que exigía prueba plena y concluyente.

<sup>313</sup> En SSCJ n° 123 del 9/3/2000 se expresa: «Los actores indican que Menéndez y Cía. empresa condenada en ambas instancias, no posee bienes propios con que hacer frente a la condena, en tanto Imenco, que no tiene vida social, posee un inmueble y deducen a partir de esta constatación la existencia de una finalidad fraudulenta. Por lo demás, no se probó que el inmueble citado haya sido comprado con dinero de Sucesores de Menéndez y Cía. y no con dinero propio de sus socios. No surge probado que se hayan distraído fondos de Sucesores de Menéndez, que constituyan la garantía común de sus acreedores, hacia Imenco. Hasta aquí no se aprecia fraude a los acreedores de Sucesores de Menéndez, empresa por ese entonces solvente y prestigiosa, por el contrario, Imenco beneficiaba a Sucesores de Menéndez en la medida que funciona-ba en su inmueble a título gratuito. La mayoría de la Corte coincide entonces con la Sala en la inexistencia de prueba de fraude. Existían sí dos sociedades en identidad de socios, pero ello no prueba la existencia de fraude.»

<sup>314</sup> En SJLC de 2° t., n° 5 de 31/3/2011 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ), se ha mantenido este criterio, en los términos siguientes: «Al realizarse el análisis de la prueba emergente de autos en relación a los hechos esgrimidos en la demanda y que son la base fáctica de la acción instaurada, los mismos deben ser valorados racionalmente y al amparo de las reglas de la sana crítica para llevar al decisor a un grado de convicción tal para decidir el conflicto de intereses planteado y no debe de aplicarse un criterio restrictivo al extremo tal que llevaría a negar los derechos de los que concurren ante la justicia viendo vulnerados los mismos frente a los que se amparan detrás de esas personalidades jurídicas que de otra forma no podrían analizarse y por lo tanto llegar a la realidad existente, teniéndose en cuenta el marco histórico y fáctico en donde ocurren los hechos en que se basa el accionamiento, para

En particular, uno de los hechos a los que la jurisprudencia ha considerado demostrativo de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica societaria es la confusión patrimonial entre la persona jurídica societaria y la persona física de los socios o de los integrantes de los órganos sociales. Puede suceder, por ejemplo, que los socios se hagan cargo con recursos propios de deudas sociales, sin que medie ningún negocio que justifique o documente ese acto<sup>315</sup>.

Otro indicio de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica puede estar constituido por el hecho de que la sociedad no desarrolle actividad alguna, siendo únicamente titular de inmuebles. Por esta vía, la sociedad puede que esté siendo utilizada para burlar el principio de la universalidad del patrimonio<sup>316</sup>.

#### 4. Procedimiento

La LSC establece una acción específica para solicitar que se desconsidere la personalidad jurídica de una sociedad para un caso determinado. Contrariamente a lo que ha sido afirmado por alguna jurisprudencia, esta acción no tiene carácter subsidiario<sup>317</sup>. La opinión jurisprudencial está fundamentada en un artículo doctrinario anterior a la sanción de la LSC<sup>318</sup>.

Puede promover la acción todo aquel que resulte perjudicado por el uso indebido de la personalidad jurídica: socios o accionistas, terceros, sociedades vinculadas o controladas, ajenos a la maniobra y víctimas de ella.

---

*analizar las probanzas en su conjunto, con un cúmulo tal, para decidir el conflicto de intereses planteado y llegar a un convencimiento firme para prescindirse de la personalidad jurídica si es que la misma ha sido utilizada abusando del derecho o con un fin ilícito.»*

<sup>315</sup> STAC de 4° t., 160/000, TURELL, LARRIEUX y TOBÍA (LJU, t. 124, c. 14.199).

<sup>316</sup> STAC de 2° t., 197/003.

<sup>317</sup> STAC de 2° t., 197/003.

<sup>318</sup> HERRERA OREGGIA, «Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho», *ADCom*, t. 1, p. 59.

La pretensión debe promoverse por la vía del juicio ordinario, donde debe producirse prueba fehaciente de los hechos invocados. Se ha querido que una pretensión de tanta trascendencia se dilucide con las máximas garantías procesales. En otras materia societarias las controversias pueden tener una solución judicial de mayor agilidad (art. 18) pero este tema de la prescindencia debe ser manejada con las mayores cautelas.

Según advierte GAGGERO ERRECART, la redacción del § 3 del art. 189, da pie para sostener que cabe la posibilidad de invocar la inoponibilidad por vía de excepción o defensa<sup>319</sup>.

## 5. Efectos

Como consecuencia de la sentencia que se dicte y, según las circunstancias, determinados bienes, derechos u obligaciones de la sociedad y aun todo su patrimonio se atribuirá a quien se oculte detrás del velo de la personalidad societaria. Esto es, que la sentencia que acoge la acción de inoponibilidad permite llegar a las personas físicas detrás de la persona jurídica societaria y a la realidad económica subyacente, para aplicarles el Derecho que corresponda a la situación concreta<sup>320</sup>. La acción de inoponibilidad permite que el juez valore la realidad subyacente relativa a los reales intereses que actúan encubiertamente en el ámbito o a través de un sujeto de derecho, sin que éste pueda oponer su existencia como persona jurídica distinta e independiente. El juez entonces, queda habilitado para imputar a quien corresponda, conforme a derecho, las obligaciones de la sociedad (art. 190, § 2, LSC)<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> GAGGERO ERRECART, «La inoponibilidad de la personería jurídica», *Análisis Exegético de la Ley de Sociedades Comerciales, Sociedades Comerciales*, t. 1 (1992), p. 173.

<sup>320</sup> STAC de 1<sup>er</sup> t., 37/004, SALVO, CASTRO y VÁZQUEZ [r.] (LJU, t. 131, c. 15.038).

<sup>321</sup> El art. 190, de la LSC, bajo el *nomen iuris* de «efectos», establece: «La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

*A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.*

No obstante, la sociedad subsiste como contrato y como persona. Su personería jurídica sólo no es oponible a quien la entabla y para el caso concreto que se plantea.

Los terceros sólo se verán afectados por el juicio de prescindencia, si actuaron de mala fe en el caso concreto de que se trate. En el caso de que se establezca que determinados terceros son de buena fe, la decisión judicial que disponga el desconocimiento de la personalidad jurídica, no deberá afectar sus derechos. De manera alguna puede considerarse como terceros de buena fe, a aquellos que participaron activamente en la maniobra realizada con el propósito fraudulento de perjudicar a acreedores, mediante la utilización de la personalidad jurídica societaria<sup>322</sup>.

## **6. Compatibilidad con acciones de responsabilidad contra los administradores**

En el Derecho uruguayo, el instrumento de la prescindencia es aplicable, sin perjuicio de las responsabilidades personales de quienes participan en los hechos (art. 190, § 4)<sup>323</sup>, por ejemplo, por el delito de insolvencia societaria fraudulenta. Por lo tanto, el ejercicio de esta acción no es contradictorio con la tramitación del incidente de calificación, ni con una eventual condena a los administradores por el déficit concursal.

---

*En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.*

*Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.»*

<sup>322</sup> SSCJ 50/005, GUTIÉRREZ, PARGA, VAN ROMPAEY (r.), RODRÍGUEZ CAORSI y TROISE (LJU, t. 132, c. 15.119).

<sup>323</sup> El art. 190, § 4, dispone lo siguiente: «*Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.*»

### ***C. Derecho argentino***

Desde larga data ha preocupado a los tratadistas de Derecho societario<sup>324</sup> y a la jurisprudencia<sup>325</sup> la posibilidad de que se utilice el concepto abstracto de la persona jurídica, como velo para cubrir maniobras de personas naturales, burlando con ello la Ley al amparo de la forma, con perjuicio para terceros. No obstante, en la versión original de la LSCA no se incluyó regulación alguna respecto a esta acción.

Ley 22.903, de 9 de setiembre de 1983, incorpora una regulación específica destinada a canalizar las pretensiones de desconsideración de la personalidad jurídica en el art. 54, § 2, de la LSCA<sup>326</sup>. En su § 3 se establece la posibilidad de imputar directamente a los socios o controlantes, la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados por la violación de la Ley, el orden público o la buena fe, o por la frustración de derechos de terceros, encubiertos por la personalidad jurídica de una sociedad.

#### **1. Fundamentación de la acción de inoponibilidad en la doctrina argentina**

Como dice DOBSON, si la forma de la persona jurídica es utilizada para ocultar que en realidad existe identidad con las personas que intervienen en determinado acto, se requiere la desestimación de la personalidad jurídica societaria para que la identidad de los sujetos intervinientes no sea puramente

---

<sup>324</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica*, 2<sup>a</sup> ed. (1991); SASOT BETES y SASOT, op. cit., p. 573.

<sup>325</sup> SSCNCom, Sala A, de 6/12/1979, caso «Artesiano Mónica I, contra Giannina SCA»; Sala C, de 21/5/1979, «Macosa SA y otras», LL 1979-C, 289.

<sup>326</sup> Art. 54, § 2, LSCA: «*Inoponibilidad de la personería jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible, quienes responderán solidaria o ilimitadamente por los perjuicios causados.*»

nominal sino efectiva, de modo que la norma jurídica se cumpla<sup>327</sup>. Debe existir voluntad de encubrir la consecución de fines extra societarios o de utilizar la forma societaria como un mero recurso para obtener resultados no queridos por la Ley<sup>328</sup>.

La confusión patrimonial entre la sociedad y otra persona, lesiona un elemento básico de la organización societaria, como es el contar con un patrimonio propio y separado del de otras personas. Al ser impracticable la determinación de los bienes de la sociedad, se frustra el ejercicio de los derechos que contra el patrimonio de ésta intenten sus acreedores. Resulta lógico - dice el autor argentino - que quien ha impedido el ejercicio de tales derechos deba responder por las obligaciones a las que tales derechos correspondan como la sociedad misma<sup>329</sup>.

## **2. Supuestos en que procede la acción de inoponibilidad de la personería jurídica**

La LSCA, en lugar de referirse al fraude a la Ley – como en la LSC - alude a una actuación de la sociedad que «*constituya un mero recurso para violar la ley*». La referencia es evidente. Una actuación en fraude a la Ley es lo opuesto a una actuación en violación a la Ley, puesto que, por definición, quien incurre en fraude a la Ley, cumple con la Ley, al menos formalmente. Se cumple artificialmente con la letra de una disposición legal, precisamente, para burlar el sentido del régimen que se pretendió establecer<sup>330</sup>.

Tal vez por ello, la jurisprudencia argentina admite la utilización de la forma societaria para una causa distinta a la prevista por el ordenamiento societario,

---

<sup>327</sup> DOBSON, id., p. 20.

<sup>328</sup> CAPUTTO, op. cit., p. 121.

<sup>329</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario, Parte general, la personalidad jurídica societaria* (1994), p. 348.

<sup>330</sup> MOSSET ITURRASPE, «El fraude a la Ley», *RDPC*, v. 4, *Fraudes*, p. 12 (1993), p. 12.

siempre que la causa perseguida por lo integrantes de la sociedad no sea, en sí misma, contraria a la Ley<sup>331</sup>. Esta opinión jurisprudencial no ha estado exenta de críticas, sin embargo, que le señalan que pasa por alto que la inoponibilidad de la personalidad jurídica tiene que ver, también, con la utilización de la sociedad para encubrir la consecución de fines extraordinarios. Además, como bien advierte NISSEN, cuando las partes se esconden detrás de la personalidad de otro sujeto de derecho para celebrar un acto jurídico, nada bueno es esperable de esa forma de actuar<sup>332</sup>.

El art. 54, §2, de la LSCA menciona, también, al caso en que la personalidad se utilice para violar la buena fe.

Considera, también, la doctrina argentina, que la inoponibilidad de la personería jurídica procede en supuestos de abuso del derecho de control. Se entiende como tal aquellos casos en que la actuación de los accionistas controladores, en forma ilegítima, disminuye las posibilidades de cobro por parte de acreedores sociales o provoca la imposibilidad total de percibir su acreencia interfiriendo en la relación obligacional existente entre la sociedad y sus acreedores. Al desviar el interés social con su acto abusivo, los controladores realizan un acto ilícito, que frustra la efectividad del derecho de crédito<sup>333</sup>.

No obstante, se entiende en la doctrina argentina que la sola pertenencia de una sociedad a un grupo o el solo hecho del control no son, de por sí, indicativos de que necesariamente se produce un desplazamiento automático del interés social y su reemplazo por otro externo a ella<sup>334</sup>. De modo que la sociedad madre no carga con la responsabilidad de sus filiales y viceversa. Los diferentes componentes de

---

<sup>331</sup> SCNCom, Sala C, de 22 de diciembre, «Simancas María Angélica contra Crosby Ronald Kenneth».

<sup>332</sup> NISSEN, op. cit., p. 489.

<sup>333</sup> DOBSON, id., p. 623.

<sup>334</sup> MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado* (1998).

un grupo tienen una personalidad jurídica distinta, que inhibe tener a uno como responsable en razón del comportamiento de los otros<sup>335</sup>.

Puede suceder, asimismo, que una sociedad vea vaciado su patrimonio, mediante la venta de los bienes que lo integraban. El precio de las respectivas ventas, en lugar de quedar en la caja de la sociedad, es distribuido entre los socios inmediatamente. En ese caso, en atención a la realidad económica subyacente y a los efectos de imputar a quien realmente corresponde las obligaciones de la sociedad, la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, tiene por resultado la extensión de la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada<sup>336</sup>.

### **3. Criterios para la determinación de la procedencia de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica**

No obstante su expresa consagración legal, buena parte de la jurisprudencia argentina<sup>337</sup> y la doctrina la considera que la inoponibilidad de la personalidad jurídica debe ser declarada en forma excepcional, limitada a casos en los cuales se ponga de manifiesto una apariencia engañosa o una simulación preconcebida<sup>338</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en un caso reciente, ha dictaminado que la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional y sólo puede ser tomada bajo las condiciones establecidas en el art. 54 de la LSCA. Asimismo, en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no sólo su

---

<sup>335</sup> CAPUTTO, op. cit., pp. 227-229.

<sup>336</sup> DOBSON, op. cit., p. 17; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., p. 69.

<sup>337</sup> SCSJ 3/4/2003, «Palomeque Aldo R. C/Benemeth SA y otro» (ED 203181 y LL 2003 F731); SCNCom, Sala E 21/4/97, «Rousso de Guelar Regina c/ Esposito Ramón s/ medida precautoria (LL 1998 B 935); SCNCom, Sala B 20 de mayo de 1987, «Jabif Ricardo c/ Bonina y T. Gomasini SA s/ ordinario» (ED 125-163).

<sup>338</sup> CAPUTTO, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria* (2006).

patrimonio, sino también a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa<sup>339</sup>.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), ha sostenido que la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de «sanción», lo que inhibe su aplicación indiscriminada<sup>340</sup>.

Otra parte de la jurisprudencia y doctrina<sup>341</sup>, aboga por una interpretación amplia de las disposiciones en análisis, en el entendido de que al sostener a ultranza el valor absoluto de las instituciones jurídicas, se corre el peligro de crear escudos protectores de la ilicitud, haciendo caer al Derecho en una profunda contradicción o reduciendo su papel a un mero conjunto de reglas de juego vacías de contenido<sup>342</sup>.

#### **4. Compatibilidad con acciones de responsabilidad contra los administradores**

Según se señala en la doctrina argentina, el abuso de la personalidad jurídica societaria es un ilícito en sí mismo, generador de responsabilidad<sup>343</sup>. La doctrina

---

<sup>339</sup> SCSJ de 4/6/2013, «Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias» (*Infojus* NV5173).

<sup>340</sup> SCSBA de 31/8/2005, causa L. 81.550, «Avila, Carlos Alberto contra Benjamín Gurfein SA y otros. Despido» y de 25/4/2007, causa L. 85.741, «Cortina, Carlos contra Power Tools SACIF y otros. Salarios, etc.».

<sup>341</sup> NISSEN, «Inoponibilidad de la personalidad jurídica. Interpretación amplia del artículo 54 in fine de la ley 19550», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, dir. VÍTOLO y EMBID IRUJO (2003), p. 483.

<sup>342</sup> SCNCiv, Sala D, 5 de diciembre (*LL*, 1998-F-439).

argentina considera que la confusión patrimonial entre la sociedad y otra persona, lesiona un elemento básico de la organización societaria, como es el contar con un patrimonio propio y separado del de otras personas. Al ser impracticable la determinación de los bienes de la sociedad, se frustra el ejercicio de los derechos que contra el patrimonio de ésta intenten sus acreedores. Resulta lógico, entonces, que quien ha impedido el ejercicio de tales derechos deba responder por las obligaciones a las que tales derechos correspondan como la sociedad misma<sup>344</sup>.

## V. El administrador de hecho en otros ordenamientos jurídicos

En el ámbito de la legislación, doctrina y jurisprudencia de otros países, aunque con algunos precedentes relativamente antiguos, la incorporación de la figura en estudio tuvo una lenta evolución, desde nociones restrictivas hacia concepciones cada vez más amplias. Reseñaremos, a continuación, el origen y evolución del concepto de administrador de hecho, incluyendo alguna referencia a su vinculación con la responsabilidad concursal, si fuere del caso.

### A. Alemania

En Alemania, la jurisprudencia penal ya en 1887 enunciaba el concepto de *faktischer Geschäftsführer*. No obstante, corresponde advertir que la cuestión en Alemania no reviste la relevancia que se le confiere en otros países europeos, debido a la amplia utilización de técnicas sancionatorias alternativas.

#### 1. Jurisprudencia

Como se acaba de señalar, el principio de la extensión de la responsabilidad al administrador de hecho fue enunciado, por primera vez, en una sentencia de 1887, en la cual – en el ámbito penal, respecto a una cooperativa - el *Reichsgericht* declaró que la normativa legal que responsabilizaba a los

---

<sup>344</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario, Parte general, la personalidad jurídica societaria* (1994), p. 348.

administradores, abarcaba a todos aquellos que hubieran de hecho asumido una posición correspondiente a la de miembro del órgano de administración (*Vorstandmitglied*).

No obstante, en una primera fase, que llega hasta los años sesenta, la jurisprudencia alemana tiende a anclar el concepto de *faktischer* (o *tatsächlicher*) *Geschäftsführer*, a la existencia de un acto de designación inválido o tácito, o a que los socios hayan tenido, por lo menos, conocimiento de que un tercero ejercía de hecho la administración de la sociedad.

La jurisprudencia alemana posterior, progresivamente, deja de hacer depender la conceptualización de la figura en estudio, de un acto de designación inválido o tácito, para concentrar su atención sobre la actividad concretamente ejercitada. En este sentido, se pasa a considerar como *faktischer Geschäftsführer* al que, aun careciendo de una investidura formal e independientemente de la eficacia de su nombramiento, haya dirigido la gestión de los negocios sociales.

El reconocimiento de la figura del administrador de hecho está vinculado a la atribución de la responsabilidad que la legislación societaria alemana impone a los administradores de sociedades de capital, por la omisión en solicitar la quiebra oportunamente. En algunos casos, se responsabilizó a los administradores de hecho por los daños sufridos por los acreedores posteriores al momento en que se verificaron las condiciones que ameritaban la solicitud de quiebra. En la jurisprudencia dominante, en estos casos, se atribuye al administrador de hecho una responsabilidad solidaria con el administrador de derecho, en general, por todos los daños que se derivaren de su omisión.

## 2. Legislación

En particular, los §§ 82 y 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG) castigan con penas privativas de libertad o multas, a quienes *como administradores* efectúen indicaciones falsas, omitan indicar a los socios pérdidas que alcancen la mitad del capital social o no soliciten, en el caso de insolvencia o endeudamiento excesivo, la apertura del procedimiento de quiebra o del procedimiento conciliatorio judicial.

Asimismo, en la legislación alemana existe una disposición expresa para sancionar la gestión indirecta u oculta, que se denomina *cláusula de responsabilidad del derecho accionarial* (*aktienrechtliche Haftungsklausel*), prevista en el art. 117 de su LSA (*Aktiengesetz*). La norma establece que quien ejercitando dolosamente la propia influencia sobre la sociedad, induzca a un administrador o a un miembro del consejo de vigilancia, a actuar en daño de la sociedad, está obligado a resarcir el daño causado. La responsabilidad recae sobre los daños que se provocasen a los acreedores posteriores al momento en que se habrían verificado las condiciones en que hubiera correspondido solicitar la quiebra (insolvencia)<sup>345</sup>.

### **B. Francia**

La legislación francesa ha sido pionera en la instrumentación de soluciones para lograr que las sociedades no sean utilizadas para eludir los pasivos que genera la actividad empresarial y que las consecuencias de la insolvencia no sean sufridas únicamente por los acreedores, mientras que los empresarios ocultos o quienes condujeron a la sociedad a esa situación salen indemnes, fluctuando entre figuras que, aparentemente, no tienen vinculación alguna entre sí, como la atribución de responsabilidad por el déficit concursal en aquellos casos en que el concurso sea calificado como culpable o fraudulento y la extensión de la quiebra. Parece evidente que la responsabilidad concursal por el déficit prevista en la legislación española, tiene su fuente de inspiración directa en la *action en comblement de passif social*, prevista en el art. 99 de la Ley 67-563, de 13 de julio de 1967, *Sur le Règlement Judiciaire, la Liquidation de Biens, la Faillite*

---

<sup>345</sup> El art. 117, n° 1, de la Ley alemana de sociedades anónimas dispone: «*Quien utilizando su influencia sobre la sociedad incite dolosamente a un miembro de la Dirección o del Consejo de Vigilancia, a un apoderado general o a un apoderado especial, a actuar en perjuicio de la sociedad o sus accionistas, estará obligado frente a la sociedad a indemnizar los daños producidos. También está obligado a indemnizar los daños a los accionistas, si se trata de daños sufridos independientemente de los experimentados por la sociedad.*»

*Personnelle et les Banqueroutes* (LCF), que se corresponde actualmente con el art. 651-2 del CCom francés.

La Ley del 16 de noviembre de 1940 estableció, en cambio, una acción que permitió condenar a los administradores al pago de todo o parte del pasivo de la sociedad fallida, en caso de *faute de gestion*<sup>346</sup>. El art. 99 de la LCF retomó esta última disposición, a la que denominó *action en comblement de passif social*<sup>347</sup>.

## 1. Legislación

La primera regulación de la figura del administrador de hecho en Francia, fue la establecida por el Decreto Ley de 8 de agosto de 1935, que reforma el CCom, permitiendo la declaración en quiebra de los administradores que hubieran abusado de la personalidad jurídica societaria, llevando a cabo actos en su interés personal o de confusión de los capitales sociales con los propios. El Decreto Ley del 3 de agosto de 1935 permitía declarar en quiebra a los administradores que

---

<sup>346</sup> El procedimiento de *redressement et liquidation judiciaires* - establecido en la Ley 85/98, en la redacción dada por la Ley 94/475 - prevé la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho, por las deudas de la persona jurídica concursada, siempre que se haya incurrido en «*defectos de gestión que hubieran contribuido a que el activo sea insuficiente*» (art. 180). No se exige ningún grado especial de imputabilidad y se faculta al tribunal a establecer o no la solidaridad en la responsabilidad, haciéndose expresa mención a que la responsabilidad puede extenderse a todos o a algunos de los administradores, de derecho o de hecho. No se establece limitación temporal en cuanto al momento en que se ha tenido la condición de administrador (BLOCH, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédure collective», *Gaz. Pal.*, n° 3, 1996).

<sup>347</sup> El art. L 651-2 del Código de Comercio (CCom) - red. actual dada por art. 129 de la Ley 2005-845 de 26 julio 2005 de *sauvegarde des entreprises* (en vigor desde el 1/1/2006) – recoge la acción de complemento del pasivo (*action de comblement du passif*), dispuesta por la LCF. Vide: CALVO, «L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion», pp. 13 y 14; GERMAIN, «Des entreprises: quelles procédures? quelles responsabilités?» p. 108; GUYON, *Droit des affaires*, pp. 431 y 432; HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en Droit des sociétés*, p. 315; JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, p. 443; RIPERT, *Traité de droit commercial*, p. 1199).

hubieran abusado de la personalidad jurídica societaria, llevando a cabo actos en su interés personal o de confusión de los capitales sociales con los propios<sup>348</sup>.

Lo que se pretendía con esta regulación era extender el alcance de la responsabilidad, especialmente, en aquellos casos en que las sociedades caían en quiebra. La norma sólo era aplicable en las hipótesis en que la sociedad había dejado de estar *in bonis* como consecuencia de la administración y los manejos ilícitos de administradores que, sin haber sido designados para integrar el órgano de administración o cuyo nombramiento estuviera viciado o con plazo vencido, continuaban conduciendo aquella<sup>349</sup>.

Este tipo de regulación se retoma mucho después, en los arts. 463 y 478 de la Ley de 24 de julio de 1966 (actuales arts. 245-16 y 246-2 CCom, Título IV, Disposiciones penales), donde se declaran aplicables determinadas sanciones penales a «*toda persona que, directamente o por persona interpuesta, haya de hecho ejercido la dirección, la administración o la gestión de una sociedad bajo la cobertura o en el lugar y sitio de sus representantes legales*»<sup>350</sup>. Estas normas han sido normalmente aplicadas por la Cámara Criminal de la Corte de Casación<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence...*, p. 30.

<sup>349</sup> HAMEL, *Derecho penal especial de las sociedades anónimas* (1964), p. 479; MERLE, «Effets sur le personne du débiteur et à l'égard des dirigeants sociaux», *RTD com.*, v. 38 (1985), p. 163.

<sup>350</sup> Siguiendo esta tendencia, en materia fiscal, la Ley de Finanzas de 18 de enero de 1980 extendió la responsabilidad tributaria a quienes de derecho o de hecho dirigen la sociedad en los términos siguientes. En términos similares, el art. L 238 del Código de Seguros, se refiere a «*toda persona que haya directamente o por persona interpuesta administrado, gerenciado o liquidado la empresa bajo la cobertura o en el lugar y sitio de sus representantes legales*». Vide: DÍAZ ECHEGARAY, id., pp. 54 y 57.

<sup>351</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, p. 35.

En materia concursal y en lo que interesa, en especial, a esta tesis, la completa equiparación entre administrador de derecho y de hecho se produce recién a partir de la LCF (arts. 99 y 101). De allí, la expresión *administrador de hecho* es retomada por la Ley 98/ 1985, de 25 de enero, sobre *redressement et liquidation judiciaire des entreprises*. En esta disposición se establece la llamada «*action en comblement du passif*» (hoy art. 651-2 CCom), a cuyo tenor, en caso de que faltas en la gestión social hayan contribuido a la insuficiencia del activo, los administradores de derecho o de hecho puedan ser condenados a soportar en todo o en parte la insuficiencia del activo, exigible en supuestos de liquidación<sup>352</sup>.

## 2. Doctrina

La doctrina considera que debe acreditarse la realización de una actividad positiva de dirección, administración o gestión, ejercida con total independencia y de manera constante, para que se pueda admitir que se está frente a un administrador de hecho<sup>353</sup>.

Se define al administrador de hecho como aquel sujeto que, directamente o por interpuesta persona, ejerce una actividad de dirección, de manera

---

<sup>352</sup> Modificación introducida por la Ordenanza de 2008. En su redacción original el objeto de la condena era al pago de las «*deudas de la sociedad*». Vide POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil...*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 387.

<sup>353</sup> DEDESSUS LE MOUSTIER, «La responsabilité du dirigeant de fait», *RS*, julio-setiembre (1997), pp. 502 y ss.; MARTIN, *Gaz. Pal.* 1991, 1, Doctr. 24; NOTTÉ, «La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives», *Juris-classeur périodique*, v. 1. (1980), p. 8560, PLANTAMP, *Contribution à l'étude de certaines responsabilités encourues en cas de défaillance d'une société commerciale* (1987), RIVES-LANGES, «La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967», *D. Chr.* 41 (1975), SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais* (1998), pp. 39-41; «Les critères de la gestion de fait», *Droit et Patrimoine (Dr. et patr.)*, n° 34, enero (1996), pp. 27 y ss.

independiente, relativa a la gestión social de la persona jurídica, sea en forma encubierta o sea en sustitución de los representantes legales<sup>354</sup>.

Para alguna doctrina, una actividad esporádica, aun-que pueda ser considerada como de dirección, gestión o administración, no permite calificar a quien la realiza como administrador de hecho<sup>355</sup>.

### 3. Jurisprudencia

La jurisprudencia francesa ha aplicado la noción de administrador de hecho en hipótesis muy diversas. Básicamente, ha reconocido la condición de administrador de hecho, siempre que verifica alguna de las situaciones siguientes:

- a. que la persona ejerza una actividad positiva e independiente en la administración general de una sociedad<sup>356</sup>;
- b. que la persona participe estrechamente en la dirección de la empresa y ejerza el control efectivo y constante en su marcha<sup>357</sup>, disponiendo de un verdadero poder de decisión tanto en la esfera interna como externa<sup>358</sup>;
- c. que la participación en la función de dirección sea regular, continua o constante, y comporte la toma de decisiones<sup>359</sup>, excluyéndose las intervenciones esporádicas<sup>360</sup>;
- d. que no haya vigilancia o control de la actividad de gestión, por parte de los administradores de derecho<sup>361</sup>.

---

<sup>354</sup> VASSEUR, *Droit des Affaires*, v. 2, t. 4 (1990), p. 785.

<sup>355</sup> DEDESSUS LE-MOUSTIER, op. cit., p. 503; TRICOT, op. cit., p. 27.

<sup>356</sup> ACass.Com. de 9/5/1978, 20/12/1988, 20/1/1998 y 3/2/1998.

<sup>357</sup> Consejo de Estado, 7/2/1958 y 29/7/1992; SCass.Com., 20/7/1973, *Bull. Civ.*, IV, n° 260.

<sup>358</sup> Consejo de Estado, 5/2/1973, *Bull. Civ.*, IV, n° 58, p. 52.

<sup>359</sup> Consejo Constitucional, 18/10/1977 (RS, 1978, p. 107).

<sup>360</sup> Corte de Apelaciones de París, Resolución de 11/6/1987.

Se ha considerado como administrador de hecho, siempre que adopten una actitud como la descrita en los párrafos anteriores, a los accionistas<sup>362</sup>, a la sociedad matriz<sup>363</sup>, a los acreedores<sup>364</sup>, a los banqueros<sup>365</sup>, a los franquiciantes<sup>366</sup>, al *manager* designado mediante un contrato de asistencia técnica<sup>367</sup> y a los representantes de aquellas personas jurídicas que sean administradores de otra<sup>368</sup>. Asimismo, se ha entendido que un administrador que cesa en sus funciones puede continuar administrando de hecho a una sociedad<sup>369</sup>.

### C. Italia

El Derecho italiano no prevé un régimen de responsabilidad particular de los administradores para el caso en que la sociedad que administran haya sido declarada en concurso. Por lo tanto, la responsabilidad exigible a éstos se rige por

---

<sup>361</sup> Tribunal de Rennes, 11/6/1990.

<sup>362</sup> S.Cass.Com. de 23/10/1961 (*Bull. Civ.* III, n° 375); S.Cass. Com. de 26/4/1983 (*RTD Com* 1983, p. 354).

<sup>363</sup> CA Paris de 7/2/1997 (*Bull. Civ.* 1997, p. 480).

<sup>364</sup> S.Cass.Com. de 3/2/1982 (*Bull. Civ.* IV, n° 46).

<sup>365</sup> CA Paris, 3/3/1978 (*RD* 1978, IR, 420).

<sup>366</sup> La intromisión del franquiciante en la administración fue acreditada en virtud de indicios determinantes: la franquiciante era quien tenía en su poder la documentación contable, societaria y bancaria necesaria para la gestión social de la franquiciada, era quien preparaba toda la documentación administrativa que, luego, eran suscritos por la sociedad franquiciada, realizaba las declaraciones fiscales por la franquiciada y supervisaba la contratación de personal por parte de ésta (S.Cass.Com. de 9/11/1993, *Rev. Soc.*, 1994, p. 321).

<sup>367</sup> En este sentido, por ejemplo, se ha considerado que quien mediante un contrato de asistencia técnica se reserva el dominio de las licencias, la puesta en marcha de la organización administrativa y financiera de un hotel, la definición de su política de precios, la negociación de los contratos y la política comercial en general, es el administrador de hecho (S.Cass.Com. de 19/12/1995, *RJDA*, 3/96, n° 431).

<sup>368</sup> S.Cass.Com. de 31/1/1978 (*RD* 1978, IR, 286).

<sup>369</sup> S.Cass.Com. de 18/7/1974, *Bull. Civ.* IV, n° 236.

las disposiciones que, en general, son aplicables en virtud de las disposiciones vigentes respecto a las sociedades. No obstante, la figura del administrador de hecho y la extensión a éste de las responsabilidades que le corresponden a los administradores de derecho, ha ocupado a la doctrina y jurisprudencia italiana desde larga data.

## 1. Doctrina

El primer estudio sistemático sobre la cuestión recién aparece en un trabajo de ASCARELLI, de 1953. Allí este autor expresa que se debe considerar «responsable al igual que los administradores a los que consiguen de hecho administrar la sociedad, some-tiendo... los administradores al propio mando». A esos administradores ASCARELLI los denomina *administradores indirectos*<sup>370</sup>. El mismo ASCARELLI propuso un Proyecto en materia de sociedades, en el que se caracterizaba al administrador indirecto como aquel sujeto que desarrolla «funciones de efectiva y general dirección análoga a la de los administradores»<sup>371</sup>.

A partir de entonces, la doctrina mayoritaria estuvo propensa a equiparar, a los efectos de la responsabilidad penal, los administradores de hecho a los administradores de derecho<sup>372</sup>. De modo que, a los efectos de la responsabilidad

---

<sup>370</sup> ASCARELLI, «In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amminis-tratori: amministratore indiretto», *Il foro italiano*, v. 1 (1953), pp. 1630 y ss.

<sup>371</sup> ASCARELLI, «Progetto in materi di società», *Rivista delle società* (1956), p. 607.

<sup>372</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari* (1959), p. 109; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, v. 2 (1953), p. 1197; CONTI, «Disposizioni penali in materia di società», *Commentario del Codice Civile*, dir. SCIALOJA y BRANCA (1971), pp. 167 y ss.; CONTI y BRUTI LI-BERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità pena-le delle società commerciali* (1971), pp. 119 y ss.; LA MONICA, *I reati fallimentari* (1972), p. 177; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali* (1965), pp. 47 y ss. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare* (1957), p. 18; ROVELLI, *Disciplina penale dell'impresa*

penal, la doctrina italiana, de conformidad con antiguos precedentes jurisprudenciales<sup>373</sup>, no considera necesaria la formal y regular investidura del cargo de administrador, sino que basta que el cargo haya sido asumido de hecho, o sea, que se haya desarrollado efectivamente la función de administración<sup>374</sup>. De ahí que, a los efectos penales, la doctrina italiana definiera al administrador de hecho como aquel sujeto que ejercita en efectivamente los poderes típicos de los administradores, sin que tal ejercicio esté legitimado por una investidura regular o incluso habiendo sido investido era inelegible como administrador o su cargo caducó<sup>375</sup> o, dicho de otro modo, aquel que ejerce la facultad de administración, a pesar de carecer de los requisitos legales o estatutarios previstos como esenciales para tal ejercicio<sup>376</sup>.

La tesis de la extensión de la responsabilidad a quienes de hecho ejercitan los poderes que competen a los administradores de derecho, es retomada en la

---

(1953), p. 36; SCALERA, «Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta», *Dir. Fall.*, 1967, n° 2, p. 974; ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali* (1954), p. 33.

<sup>373</sup> En SCassaz. de 16/2/1933 (*Dir. Fall.*, 1934, pp. 77 y ss.), se dictaminaba en los términos siguientes: «*Ormai è riconosciuto senza contrasto dalla dottrina e della giurisprudenza che tra gli amministratori di società (...) si comprendono non solo coloro che siano stati legalmente designati a tale ufficio in virtù dello statuto sociale, o di un atto posteriore, ma anche gli amministratori di fatto, e cioè quelli che privi di regolare autorizzazione si siano ingeriti negli atti di amministrazione. In quanto sarebbe supremamente ingiusto che chi non abbia diritto di esercitare determinate funzioni e si renda nell'esercizio di esse imputabile di colpa o di dolo sia trattato meno severamente di chi con piena facoltà e diritto abbia le dette funzioni esercitate.*»

<sup>374</sup> ANZOLLINA, op. cit., p. 1197.

<sup>375</sup> ANTOLISEI, op. cit., p. 109.

<sup>376</sup> NUVOLONE, op. cit., p. 48.

década del setenta por BORGIOI<sup>377</sup>. Este autor admite que en la legislación italiana falta una norma expresa que, al menos a ciertos efectos, equipare la posición de quien ejercita de hecho la función administrativa, a la del administrador regularmente designado. Sin embargo, advierte que la legislación italiana contiene una figura lo suficientemente elástica como para incluir tanto a los administradores de derecho como a los administradores de hecho: el *direttore generale di società per azioni*<sup>378</sup>. Según explica BORGIOI, en el CCom de 1882, al regular el delito de quiebra simple o fraudulenta (art. 863), responsabiliza tanto al administrador de la sociedad como al *direttore*. Por eso, en la sentencia de casación, de 3 de diciembre de 1884, ya comentada, se señala que repugna al sentido común y al sentimiento de justicia, punir al simple administrador y no a aquel que administró como directores y, en tal calidad, se valió de mayores medios para arruinar el patrimonio social<sup>379</sup>. La posición de director general, a diferencia del administrador, no depende necesariamente de una designación formal, sino en base a la amplitud de los deberes de que dispone (consideración funcional). Por lo tanto, una eventual irregularidad o vicio en su designación, carece de relevancia<sup>380</sup>. BORGIOI reconoce que el director general es un dependiente y que sus facultades se limitan a la gestión social y no a su alta dirección de la organización social, que es la tarea propia de los administradores. No obstante, señala que, cuando la jurisprudencia califica al administrador de hecho, lo hace en base a la acreditación de que ha ejercido actos de gestión. Por

---

<sup>377</sup> BORGIOI, «Amministratori di fatto e direttori generali», *Giur. Comm.*, año 2, n° 1 (1975), pp. 593 y ss.; BORGIOI, «L' amministratore "di fatto" non fallisce», *Giur. Comm.*, 1978, 2, pp. 595 y ss.; BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni* (1974).

<sup>378</sup> BORGIOI, «Amministratori di fatto e direttori generali», *Giur. Comm.*, año 2, n° 1, pp. 602.

<sup>379</sup> BORGIOI, id., pp. 603 y 604.

<sup>380</sup> BORGIOI, id., p. 609.

lo tanto, en la opinión del autor, las figuras del administrador de hecho y el director general son, sustancialmente, idénticas<sup>381</sup>.

La doctrina italiana reciente admite pacíficamente a la figura del administrador de hecho, definida como aquel sujeto extraño al órgano de administración que, en ausencia de una investidura regular, ejerce de hecho la gestión social, con la aquiescencia de los órganos sociales. Este concepto funcional de administrador de hecho se basa en la idea de que las disposiciones que prevén responsabilidades para los administradores, son reglas que disciplinan el correcto desarrollo de la actividad de gestión social, independientemente de la calificación formal del sujeto que asume esta gestión. La doctrina italiana brinda ejemplos: quien administra la sociedad no puede actuar en conflicto de intereses, desarrollar una actividad en concurrencia con la social, ni continuar con la actividad después de la pérdida del capital social. Así es, porque es lo que corresponde al correcto ejercicio de la actividad de administración, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejercita tal actividad<sup>382</sup>.

La cuestión, actualmente, está centrada en determinar cuáles serían los presupuestos de la responsabilidad del administrador de hecho<sup>383</sup>. En este sentido, se descarta la exigencia de que exista un nombramiento implícito o tácito, exigida en su momento por la jurisprudencia, por parecer un afán inoportuno e inútil. La atención debe concentrarse en la fase ejecutiva de la relación, para determinar los elementos que materialmente configuran al administrador de hecho<sup>384</sup>.

Sin embargo, se plantea la duda respecto a si, para poder considerar a un sujeto como administrador de hecho, su actuación debe ser continuada y

---

<sup>381</sup> BORGIOI, id., pp. 612-614.

<sup>382</sup> BONELLI, «La responsabilità dell'amministratore di fatto», pp. 111 y 112; BONELLI, «La prima sentenza della Cassazione civile...», *Giur. Comm.*, año 12, v. 1, p. 186.

<sup>383</sup> Vide, por todos, CECCHI, *Gli amministratori dei società di capitali* (1999), p. 687.

<sup>384</sup> CECCHI, id., p. 694.

sistemática. Para alguna doctrina, una actividad esporádica, aunque pueda ser considerada como de dirección, no permite calificar a quien la realiza como administrador de hecho<sup>385</sup>. Otra doctrina, en cambio, pone el acento sobre el aspecto cualitativo de los actos que realiza el administrador de hecho. Esta consideración cualitativa, además, permite distinguir mejor al administrador de hecho del gerente o factor, puesto que procura identificar cuáles serían los actos de gestión de los que jamás podría abdicar el administrador de derecho, sin admitir ser un mero testafarro<sup>386</sup>.

La doctrina italiana se plantea, además, la posibilidad del ex-tender la categoría de administrador de hecho a lo que en esta tesis caracterizamos como administrador indirecto. Dentro de esta variante la doctrina incluye al socio *tiranno*, refiriéndose a aquel que, en virtud de disponer de la totalidad o una amplia mayoría del capital social, está en condiciones de ejercer una influencia determinante sobre la gestión social. De un modo similar, se entiende que en la figura puede quedar comprendida la sociedad matriz, toda vez que imponga sus directivas a la controlada en forma determinante respecto a la gestión de su administración. Asimismo, se plantea la extensión del concepto de administrador de hecho a las entidades financieras que gracias a los particulares vínculos derivados de una operación de financiamiento sujeta a sus designios la gestión de la sociedad asistida o el propio Estado en aquellos casos en que ejercite una influencia dominante sobre la gestión de una sociedad<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> ABRIANI, «Riforma del diritto societario e responsabilità dell'amministrato-re di fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto?», *Le società*, n° 2 (2000), p. 216; BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni* (2000), p. 309.

<sup>386</sup> CECCHI, op. cit., p. 696.

<sup>387</sup> ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, pp. 90, 128 y 138; CECCHI, id., pp. 698-701; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* (2002), p. 19.

## 2. Jurisprudencia penal

La expresión *administrador de hecho* aparece en la jurisprudencia penal italiana de la segunda mitad del siglo XIX<sup>388</sup>, para sancionar como culpable de la quiebra a aquellos sujetos que, aun no siendo formalmente administradores, habían *de hecho* ejercitado el poder de dirección de la sociedad<sup>389</sup>.

El criterio de la jurisprudencia penal se mantuvo aun en el caso de que la designación del administrador fuese nula o irregular<sup>390</sup>, o que se presentara oculto bajo otra apariencia<sup>391</sup> y la sucesiva evolución de la jurisprudencia penal

---

<sup>388</sup> En una primera sentencia, que data del 31 de marzo de 1876, se aclara que el término *administradores* empleado por el art. 704 del CCom, tiene carácter general y debe, por tanto, entenderse como comprensivo de «*todos aquellos que prestan su trabajo en la administración de los negocios sociales*» (SCassaz. Torino, 31/3/1876). En sentencia de 26 de abril del mismo año, se condenó por quiebra simple al director de una banca, en base al criterio de que «*todos aquellos que en la gestión de los negocios sociales cometen culpa grave que origina la quiebra de la sociedad*» son llamados a responder en sede penal, prescindiendo de su investidura formal. La sentencia de 24 de julio de 1878, señala que cuando «*el artículo 699 del Código de Comercio declara responsables de quiebra a todos los administradores de la sociedad, esta genérica locución no puede menos de comprender tanto los administradores de derecho como de hecho; por consiguiente el director (...) que ciertamente fue administrador de hecho (...) no puede evitar la responsabilidad*» (SCassaz. Torino, 24/7/1878 in: ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali* (1998), pp. 224 y ss.; BONELLI, «La responsabilità dell'amministratore de fatto», *Giur. Comm.*, n° 11, v. 1, p. 107).

<sup>389</sup> BONELLI, «La responsabilità dell'amministratore de fatto», *Giur. Comm.*, n° 11, v. 1 (1984), p. 107.

<sup>390</sup> SCassaz. Torino, 3/12/1884: «*Potentemente ripugna al senso comune e ad ogni sentimento di giustizia il dovere punire l' amministratore semplice e non colui che amministrò da direttore, che ebbe ed usò più mezzi per maggiormente frodare la cosa sociale o per mandarla in rovina (...). Né vale l'adurre che quella nomina fu illegale, comeché consentita dallo statuto, ché (...) il reato non cessa quando, mercé quella funzioni, di fatto esercitate, si perviene simil-mente a consumare la bancarotta dolosa o colposa*» (*Riv. Pen.*, 1885, p. 331).

<sup>391</sup> La sentencia de casación de 22/10/1926, considera responsable como administradores a aquellos que «*astutamente credettero coprirsi sotto altra veste*» (*Giust. Pen.* 1927, p. 64).

italiana, consolidó estos precedentes, hasta equiparar - a los fines de la responsabilidad penal y específicamente en el ámbito concursal - a los administradores de hecho y de derecho<sup>392</sup>.

### 3. Jurisprudencia civil

Inicialmente, la jurisprudencia consideraba como administrador de hecho sólo a los sujetos que hubieran sido designados como administradores - aunque sólo fuera en forma implícita - siendo el acto de nombramiento irregular o ineficaz. En el caso de aquellos que, independientemente de cualquier investidura toman injerencia en la administración de la sociedad, ejercitando, de hecho, las facultades que competen a los administradores regularmente designados, la jurisprudencia tradicional y prevalente consideraba que no se estaba frente a un administrador en sentido técnico y, por lo tanto, no se les podía hacer extensiva la responsabilidad civil<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup> BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992), p. 107.

<sup>393</sup> La Corte de Casación consideró establecido que el administrador de hecho, desde la constitución de la sociedad, había realmente ejercitado la totalidad de las funciones de administración, tanto en las relaciones internas como en las relaciones externas de organización y gestión de la empresa social, representando a la sociedad con proveedores, clientes y dependientes, en sustitución del administrador de derecho. Consideró, también, que esta actuación fue realizada con el consentimiento unánime de los socios. Entendió la Corte que, aun faltando la típica resolución asamblearia de designación de administrador, la investidura constituye un presupuesto no expreso, aunque indefectible, de una resolución asamblearia con contenido diverso. Tal sería el caso de la aprobación anual de balances que, según la Corte, involucraría la aprobación de la gestión social, que era enteramente realizada por el administrador de hecho. Consecuentemente y en tanto se consideró que la investidura del administrador de hecho es un presupuesto esencial de la aprobación de los balances, se estarían en presencia de una designación implícita de administrador.

Se sigue, evidentemente, la idea expresada en 1978 por BORGIOI: «(...) *nelle delibere di approvazione del bilanci risultava implicita anche la volontà di considerare come amministratore chi aveva amministrato e redatto i bilanci.*» (BORGIOI, «L'amministratore "di fatto" non fallisce», *Giur. Comm.*, año 5., v. 2, p. 608 [1978]).

La jurisprudencia italiana comienza a flexibilizarse con la sentencia de casación civil, de 12 de enero de 1984<sup>394</sup>, que condenó a un administrador de hecho por el déficit concursal, al confirmar la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Milán, de 14 de octubre de 1980<sup>395</sup>. En la sentencia de casación se consideró que el concreto ejercicio de las funciones de administración no sería suficiente para hacer surgir en cabeza del administrador de hecho, las obligaciones y responsabilidades previstas por la Ley para los administradores de derecho. Se requeriría, además, la presencia de un acto de designación al cargo de administrador<sup>396</sup>.

Quince años después se produce un nuevo cambio en la jurisprudencia de la Corte de Casación, a partir de la sentencia 1925 de 1999<sup>397</sup> que - culminando el camino iniciado por la jurisprudencia de mérito, que había admitido la importancia de factores tales como la «*injerencia estable*», y el «*repetido cumplimiento de actos típicos del administrador*» – adopta un criterio que atiende a quien efectivamente ejerce la función de administración, en simetría con el concepto desarrollado por la jurisprudencia penal<sup>398</sup>. A partir de este concepto, la

---

<sup>394</sup> SCC de 12/1/1984, *Giur. Comm.*, 1985, v. 1.

<sup>395</sup> El Tribunal de Milán tuvo presente la existencia de un acuerdo parasocial en el que el administrador de derecho y los socios delegaron en el administrador de hecho, todos los poderes inherentes a la gestión social y se comprometieron a respetar sus decisiones a este respecto. Sin embargo, consideró a este documento como un mandato, que no sujetaba al mandatario a la responsabilidad civil propia de los administradores. En cambio, la extensión de la responsabilidad la consideró justificada en virtud de considerar que habría existido una deliberación asamblearia implícita cada vez que se aprobó el balance anual. Por ello, condenó al administrador de hecho solidariamente con el de derecho, al pago del déficit concursal.

<sup>396</sup> BONELLI, «La prima sentenza della Cassazione civile...», *Giur. Comm.*, año 12, v. 1 (1985), p. 183.

<sup>397</sup> SCC 6/3/1999, n° 1925, *FI*, 2000, I, 2299.

<sup>398</sup> BLENGIO MASSOLO, *op. cit.*, p. 549; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* (2002), p. 345.

jurisprudencia de la Corte de Casación en materia concursal<sup>399</sup> admite la extensión de la responsabilidad al administrador de hecho, con base en el art. 1226 del CCE sobre liquidación equitativa del daño, desarrollando un criterio según el cual es posible imputar a los administradores el entero déficit cuando, por no existir contabilidad o presentar irregularidades graves, resulte imposible recabar las pruebas necesarias para determinar el importe concreto del daño<sup>400</sup>.

#### *D. Portugal*

##### **1. Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência**

Al igual que la Ley francesa 85/98, el Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência - Decreto Ley 132/93, modificado por el Decreto Ley 315/98 - preveía la posibilidad de declarar responsables a los administradores que no paguen las deudas sociales sobre las que se les impute responsabilidad, bajo un procedimiento de quiebra personal. Concretamente, disponía que si en el plazo establecido, los administradores no depositaban la cantidad en que se les hubiere condenado, se les declararían en quiebra (art. 126.B).

##### **2. Código da Insolvência e Recuperação das Empresas**

El régimen que se acaba de describir se encuentra hoy sustituido por el Decreto Ley 53/2004, de 18 de marzo de 2004, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (LCP). En él, al igual que en la legislación concursal española y uruguaya, se prevé la formación de un incidente de calificación (Título VIII). La calificación culpable de la insolvencia puede deberse a la actuación

---

<sup>399</sup> AMBROSINI y AIELLO, «Società per azioni, responsabilità degli amministratori», *Giur. Comm.* (2011), n° 31, v. 2, pp. 967 y 968.

<sup>400</sup> SCassaz. n° 2538, de 8/2/2005.

dolosa o culpable del deudor o sus administradores, de derecho o de hecho, en los tres años anteriores a la declaración judicial de la insolvencia (art. 186.1 LCP).

### 3. Ley 16 de 20 de abril de 2012

La Ley 16/2012 incorpora diversas enmiendas a la LCP<sup>401</sup>. En lo que interesa a esta tesis, corresponde destacar que la calificación del concurso deja de ser obligatoria. La LCP limita ahora la formación de la sección de calificación del concurso a los casos en que el juez concluye que hay evidencia de algún comportamiento culpable (art. 188.1 LCP).

Por otro lado, incorpora la condena a las personas afectadas por la calificación a la cobertura del déficit concursal, como un deber del juez en caso de que la insolvencia fuere calificada como culposa (art. 189.2, lit. e, LCP). Queda claro que, una vez calificada la insolvencia como culposa, el juez no tiene la posibilidad de no condenar. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 189.4, si el juez no está en condiciones de fijar el valor de las indemnizaciones debidas al momento de dictar la sentencia de calificación, éste se determinará en etapa de liquidación de sentencia.

#### ***E. Reino Unido***

La jurisprudencia del Reino Unido parece ser la precursora en la materia, desde que en 1875 equiparó al *de facto director* al administrador de derecho, en el ámbito penal y ya en 1880 consagraba esa misma equiparación en el ámbito civil. Asimismo, en forma precursora, la legislación británica establece el concepto de *shadow director* en la CA de 1917.

---

<sup>401</sup> SERRA, «Enmiendas a la Ley Concursal Portuguesa: mucho ruido y pocas nueces», *ADCo* n° 28 (2013), pp. 293-303.

## 1. Distinción conceptual entre el *de facto director* y el *shadow director*

En el Reino Unido lo que denominamos como administrador de hecho, se presenta desdoblado en dos figuras: el *de facto director* y el *shadow director*<sup>402</sup>.

### a. *De facto director*

La jurisprudencia británica define al *de facto director*<sup>403</sup> como aquel sujeto que, sin que haya sido correctamente designado (por ejemplo, por haber sido designado en una junta mal convocada o mal constituida) y a pesar de su ausencia en las reuniones formales del órgano de administración, sea quien habitualmente

---

<sup>402</sup> En el Derecho británico, en la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el concepto de *shadow director* se distingue nítidamente del concepto de administrador de hecho. No sólo son categorías alternativas sino excluyentes.

Justice MILLET sostuvo que equivocarse al distinguir entre un *de facto director* y un *shadow director* sería vergonzoso (Re Hydrodam [Corby] Ltd. BCLC, p. 182, 1994. Sintetizó la diferencia entre uno y otro en estas expresiones paradigmáticas: «A *de facto director*, I repeat, is one who claims to act and purports to act as a director, although not validly appointed as such. A *shadow director*, by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary, he claims not to be a director. He Burks in the shadows, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself.» (MILLET, *Re Hydrodan (Corby)*, 1994, BCC, 161, 163). Sin embargo, siguiendo la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso *Secretary of State for Trade and Industry v. Daverell*, GRIFFIN ha sugerido que carece de objeto el mantenimiento de la distinción entre *de facto director* y *shadow director* (GRIFFIN, «Problems in the identification of a company director», *Northern Ireland Legal Quarterly* v. 54 [2003], p. 43).

<sup>403</sup> La expresión *de facto director* era utilizada por los tribunales británicos ya en la segunda mitad del siglo XIX, a propósito de imputar a la sociedad los negocios celebrados por quien aparentaba ser su administrador. En el ámbito penal, en 1875 se equiparó al administrador de hecho, a los efectos sancionatorios, a quien ejerció la función de gestión, aun en ausencia de un acto de designación de parte del órgano social competente (Gibson v. Barton). La primera enunciación del principio de la responsabilidad del administrador de hecho en el ámbito civil, fue consagrada en una sentencia del Tribunal de Apelaciones de 1880 (Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Company, Coventry and Dixon's Case).

lleve a cabo tareas de administración<sup>404</sup>. Esto supone que la acreditación del desarrollo de funciones en relación con la sociedad que sólo podrían ser realizadas por un director<sup>405</sup>. En cambio, no se considera esencial que el *de factor director* se presente como administrador frente a terceros, a pesar de que el ejercicio de la representación social es típico y evidencia la participación en la toma de decisiones propio de un *de iure director*<sup>406</sup>.

En la legislación británica, la extensión de la consideración como director a toda persona que asuma la posición de tal aparece en la *Companies Act* (CA) de 1948 y, de allí pasa a la sec. 741 de la CA de 1985. En la actualidad, el concepto de *de facto director* tiene un reconocimiento normativo en la sec. 251 de la CA de 2006. Esta disposición delinea la noción general de director, comprendiendo en la misma a «*toda persona que ocupa la posición de administrador, cualquiera que sea el modo en que es llamado*».

### ***b. Shadow director***

Se denomina shadow director a aquella persona en concordancia con cuyas instrucciones los administradores acostumbra actuar, de modo que el directorio haya efectivamente abandonado su función como formador de la voluntad social (*decisión-making functions*). En lugar de ello, se ha acostumbrado a seguir las instrucciones del *shadow director*<sup>407</sup>. Según Justice MILLET, la característica

---

<sup>404</sup> PENNINGTON, *Company Law* (1995), pp. 139 y ss.; SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law* (1987), pp. 893 y ss.; TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes* (1987), pp. 192 y ss.; VIÑUELAS SANZ, «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: wrongful trading», *RDM*, n° 255 (2005), p. 304.

<sup>405</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, p. 40.

<sup>406</sup> NOONAN y WATSON, «The nature of shadow directorship...», *JBL* (2006), p. 772.

<sup>407</sup> CAMPBELL, «Liability as a shadow director», *The JBL*, 1994, pp. 609 y ss.; TURING, «Lender liability, shadow director and the case of Re Hydrodan (Cor-by) Ltd.», *The Journal of International Banking Law*, 1991, pp. 244 y ss.; VIÑUELAS SANZ, «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: wrongful trading», *RDM*, n° 255, p. 304.

definitoria consiste en que el *shadow director* es la mente que controla a la sociedad y que los directores designados hacen lo que se les ordena, no porque así lo elijan sino por esa es la función para la que fueron designados por aquel<sup>408</sup>.

La diferencia fundamental con el *de facto director* radica en que mientras éste actúa abiertamente, como si hubiera sido válidamente designado y, en tal carácter, es asumido por la sociedad, a pesar de no haber sido realmente o válidamente designado como tal, el *shadow director* pretende no ser el administrador social y sustenta que otros lo son en su lugar. Por ello, usualmente, el *shadow director* no es identificado como director por los terceros. Sin embargo, su actividad al descubierto frente a terceros no ha impedido su calificación como *shadow director*<sup>409</sup>.

El *shadow director* presupone la existencia de un órgano de dirección (*board*) que actúa de acuerdo con sus instrucciones<sup>410</sup>. El *shadow director* es quien en verdad administra la sociedad, actuando indirectamente, a través de la utilización instrumental de los administradores formalmente designados<sup>411</sup>.

No obstante, se ha entendido que no es necesario que el *shadow director* dé instrucciones respecto de todas las decisiones que adopta el directorio. Alcanza con verificar que en los casos en que imparte instrucciones, los *de iure directors* las acatan.

---

<sup>408</sup> MILLET, op. cit., pp. 14 y ss.

<sup>409</sup> VIÑUELAS SANZ, «Insolvencia...», *RDM*, n° 255, pp. 305.

<sup>410</sup> NOONAN, «The nature of shadow directorship...», p. 770.

<sup>411</sup> Justice HARMAN, de manera muy descriptiva, comenta a este respecto: «(...) *those words can only mean... that the shadow director must be, in effect, the puppet master controlling the actions of the board. The directors must be... the cat's paw of the shadow director (...)*» (Re Unisoft Group Ltd., n° 3, BCLC, p. 609, 1994).

En el concepto de *shadow director* pueden quedar comprendidos los accionistas controladores, la entidad matriz de un grupo o un banco<sup>412</sup>. En *Re a Company n° 005009 of 1987*, se entendió que un banco constituía el *shadow director* de una sociedad en la cual era accionista, en virtud de su directa intervención en la gestión social<sup>413</sup>. Sin perjuicio de este caso, la jurisprudencia ha sido renuente a considerar a los bancos como *shadow directors*, en tanto no se demuestre que el órgano de administración no tiene poder para decidir si acepta o no las condiciones impuestas por aquellos, y se pueda considerar que el banco ha actuado con el objetivo de asegurar la protección de su crédito<sup>414</sup>.

En la legislación, el concepto de *shadow director* puede ser rastreado hasta la CA de 1917<sup>415</sup>. En cuanto a la legislación reciente, la expresión *shadow director* figura en la sec. 63 de la CA de 1980 y en la sec. 741 de la CA de 1985<sup>416</sup>. En la CA de 2006, se lo define como aquella «*persona conforme a cuyas directivas o instrucciones los administradores de la sociedad suelen actuar*» (sec. 251, n° 1, CA de 2006).

En la CA se hace una excepción con las personas jurídicas relacionadas (*related bodies corporate*) que no son consideradas *shadow director*, por la mera razón de que los directores de una subsidiaria estén acostumbrados a actuar en

---

<sup>412</sup> RAJAK, «Corporate insolvency law in the United Kingdom», *European corporate insolvency...*, p. 805 (1995).

<sup>413</sup> BCC, 4, P. 424; BCLC, 1989, p. 13.

<sup>414</sup> VIÑUELAS SANZ, op. cit., pp. 305.

<sup>415</sup> CARTY, «Joint tortfeasance and assistance liability», *Legal studies*, v. 489 (1999), p. 503.

<sup>416</sup> GOWER et al., *Gower's principles of modern company law* (1992), pp. 143 y ss.; LOOSE, YELLAND e IMPEY, *The company directors, liabilities, rights and duties* (1993), pp. 33 y ss., y 411 y ss. MORSE, *Charlesworth & Morse Company Law* (1995), pp. 313 y ss.; PENNINGTON, *Director's personal liability* (1987), pp. 28 y ss.; PRIME y SCANLAN, *The Law of Private Limited Companies* (1996), pp. 150 y ss.; RAJANI, *Tolley's Company Law* (1994), pp. 326 y ss.; RYAN, *Company Directors, Liabilities, Rights and Duties* (1987), pp. 112 y ss.; SEALY y WORTHINGTON, *Cases and Materials in Company Law*, 8ª ed. (2008), pp. 309 y ss.

concordancia con las instrucciones de la sociedad matriz (sec. 251, n° 3)<sup>417</sup>. Tampoco se considera *shadow director* a los asesores (sec. 251, n° 2, CA 2006). Sin embargo, la línea divisoria entre un asesor (*consultant* o *adviser*) y un *shadow director* es, a veces, difícil de definir. En *Re Tasbian Ltd. (n° 3)*<sup>418</sup>, fue admitido que un asesor designado por un inversor (*outside investor*) era un *shadow director*<sup>419</sup>.

En el ámbito concursal, la *Insolvency Act* de 1986 (IA), contiene una definición de *shadow director* en términos similares a la CA de 2006 (sec. 251), que utiliza a los efectos de establecer el régimen aplicable al caso de *wrongful trading*<sup>420</sup>.

## 2. Wrongful trading

Se considera *wrongful trading* a la falta de diligencia del administrador social, por no haber dado todos los pasos razonables para minimizar las pérdidas de los acreedores desde el momento en que supo o debía haber sabido que no existía ninguna perspectiva razonable de evitar la liquidación concursal<sup>421</sup>.

La sec. 214 de la IA sujeta a los administradores de la concursada - incluyendo a los administradores *de facto* y al *shadow director* - a responsabilidad por *wrongful trading*, si teniendo conocimiento de que no existía una razonable perspectiva de que la sociedad pudiese evitar incurrir en quiebra (*insolvent liquidation*), no hicieron todo lo posible por minimizar tal pérdida

---

<sup>417</sup> NOONAN, «The nature of shadow directorship...», p. 768.

<sup>418</sup> BCC, 1992, p. 358.

<sup>419</sup> SEALY, *Annotated guide to the insolvency legislation*, v. 1 (2006), p. 279.

<sup>420</sup> SEALY y MILMAN, *Annotated guide...*, p. 279.

<sup>421</sup> VIÑUELAS SANZ, «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: wrongful trading», *RDM*, n° 255, p. 305.

potencial a los acreedores de la sociedad<sup>422</sup>. La sec. 214 de la IA establece que el juez podrá condenar a los administradores a complementar la masa activa del concurso en la medida que considere adecuada, si no adoptaron todas las medidas necesarias para minimizar las pérdidas de los acreedores, una vez comprobado que las pérdidas de la sociedad son superiores a las que hubiese tenido si la actividad hubiese cesado en el momento en el que el administrador sabía o debía saber que la liquidación por insolvencia era inevitable<sup>423</sup>.

En general se considera que esta responsabilidad cumple una función indemnizatoria, en tanto tiene por finalidad compensar la pérdida patrimonial de la sociedad, a los efectos de recomponer la masa activa para beneficio de los acreedores quirografarios (*unsecured creditors*) y en cuanto se requiere la prueba de la culpa de los administradores<sup>424</sup>. La determinación de la cuantía de la indemnización dependerá de las pérdidas en las que haya incurrido la sociedad durante el período en el que continuó su actividad sin que los administradores adoptaran las medidas necesarias para paliarlas<sup>425</sup>.

A su vez, la *Company Directors Disqualification Act* de 1986 (sec. 4), establece la posibilidad de disponer la inhabilitación de los administradores que hayan continuado la actividad social, en circunstancias en que un ordenado administrador hubiera sabido que no existían posibilidades de evitar la apertura

---

<sup>422</sup> BHATTACHARYYA, «Shadow directors and wrongful trading revisited», *The Company Lawyer*, 1995, pp. 313 y ss.; BHATTA-CHARYYA, «Re Hydrodan (Corby) Ltd. - Shadow directors and wrongful trading», *The Company Lawyer*, 1994, pp. 151 y ss.; NOONAN, «The nature of shadow directorship...», p. 768; RAJAK, BANNISTER y WHITE DURRANT, «Corporate insolvency law in the United Kingdom...», p. 806.

<sup>423</sup> SPENCE, «Personal liability for wrongful trading», *Insolvency Intelligence*, n° 17 (2004), p. 12.

<sup>424</sup> POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad euro-pea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil...* (2007), pp. 396 y 397.

<sup>425</sup> HICKS, «Advising on wrongful trading», *Company Law*, v. 2 (1993), pp. 16-26; WALTERS, «Wrongful trading: two recent cases», *ILJ*, n° 6 (2001), pp. 211-214.

de un procedimiento concursal (*wrongful trading*). El concepto de administrador (*officers*) que maneja esta Ley incluye al *shadow director* (sec. 6, 7 y 8)<sup>426</sup>.

### 3. Responsabilidad del *shadow director*

La responsabilidad del *shadow director* es considerada consistente con los principios fundamentales del Derecho societario británico, en la medida que tiende a consolidar el deber de los *de iure directors* respecto a la adopción de decisiones independientes. También, se la considera consistente con el principio de respeto a la personalidad jurídica societaria y con el principio de limitación de la responsabilidad por los actos u omisiones de quien usurpa la función directiva del órgano de administración<sup>427</sup>.

La doctrina advierte que la imposición de responsabilidad no se basa en la presuposición del incumplimiento de un deber a cargo del *shadow director*, sino una forma de responsabilidad secundaria, por el incumplimiento de los *de iure directors* en cuanto a obrar con independencia de criterio en función del interés social<sup>428</sup>.

En la práctica los jueces no se muestran inclinados a aplicar esta norma con severidad<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> NOONAN, «The nature of shadow directorship...», p. 768.

<sup>427</sup> NOONAN, id., p. 764.

<sup>428</sup> NOONAN, id. *ibid.*

<sup>429</sup> GARRIDO, «Algunas observaciones en torno al estado de la legislación concursal en Inglaterra...», pp. 828 y 829.

### *Capítulo tercero: Tipología de la realidad de la administración de hecho*

La realidad nos presenta una tipología muy variada de administradores de hecho, que la doctrina ha pretendido reducir a tres modalidades básicas, que utilizaremos para ordenar el desarrollo expositivo de este capítulo.

La primera de las modalidades, destaca el ejercicio de las funciones de administración en forma ostensible y directa<sup>430</sup>. La persona que ejerce la función de administración se manifiesta frente a terceros como la persona legitimada como administradores y representante de la sociedad<sup>431</sup>.

En una segunda modalidad, a la que se denomina como administrador oculto, la persona que efectivamente ejerce o dirige la administración de la sociedad, no se manifiesta como administradora en el tráfico, sino que se oculta bajo la apariencia de un sujeto al que no le compete la función de administración<sup>432</sup>. Lo relevante, en este caso, es que prevalezca la realidad material, en aras de la seguridad jurídica<sup>433</sup>.

En una tercera modalidad – que algunos autores tratan como una variante del administrador oculto – la administración se ejerce ostensiblemente por un tercero, aunque en forma indirecta.

---

<sup>430</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (2003), p. 525; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores...», *Comentarios a la Ley Concursal*, p. 710; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 151.

<sup>431</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 556; PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS (2010), p. 2370.

<sup>432</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 138 y 139; VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 129 y 130.

<sup>433</sup> PERDICES HUETOS, op. cit., p. 2370.

## I. Administrador aparente o notorio

En una de sus modalidades, el administrador de hecho ha sido identificado con aquél que genera la apariencia de ser el administrador, ejerciendo de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de gestión, idéntica o equivalente a la que ejerce un administrador de la sociedad formalmente constituido. Es indiferente que esta persona haya sido alguna vez designada como administradora o que su designación adolezca de alguna irregularidad en su situación jurídica, como podría ser el caso del administrador cuya designación pudiera estar afectada por una nulidad o no ha sido inscrita en el Registro, o su aceptación no ha sido debidamente recabada, o su nombramiento ha caducado.

Desde esta perspectiva, el administrador de hecho *notorio* es la persona que se presenta frente a terceros como integrante del órgano de administración, con independencia de que cumpla o no con los requisitos formales legalmente exigidos. Por lo tanto, su actuación produce una *vinculación por apariencia* con la sociedad, siendo el nexo de imputación de sus actos a esta última, la tolerancia manifestada por parte de la sociedad y sus socios<sup>434</sup>. En términos generales, puede

---

<sup>434</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (2003), p. 496; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, pp. 241 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, p. 81; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español* (1998), p. 72; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, p. 45; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 151 y 152; GALLEGU SOLER, «El concepto de administrador de hecho...», p. 155; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, pp. 119 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, pp. 75 y 76; OLIVARES JAMES, «En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima», *AAMN*, t. 21, p. 297; PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil», *Derecho penal de la empresa* (2002), p. 138.

decirse que un sujeto, aun no nombrado formalmente como administrador, debe responder como tal, si genera en el tráfico esa objetiva apariencia jurídica<sup>435</sup>.

#### *A. Administradores cesantes*

Se consideran encuadrables en la categoría de *administrador de hecho notorio*, las hipótesis en las cuales, aceptada la renuncia de uno o varios de los miembros del órgano de administración, éstos siguen actuando como tales, participando en los acuerdos y tomando decisiones como si nada hubiese ocurrido. Esta consideración ha dado base a la imputación a los administradores cesantes de las mismas responsabilidades que aquellas que corresponden a un administrador con su cargo plenamente vigente<sup>436</sup>.

En este sentido, por ejemplo, se condenó solidariamente con los administradores de derecho, a quien ya había cesado en este cargo, pero continuaba ejerciéndolo *de facto*. Se consideró, en el caso, que se verificaban indicios claros e inequívocos que permitieron concluir la existencia de un administrador de hecho al que se imputó la responsabilidad propia del administrador de derecho pues, aunque externa y registralmente no ostentaba tales funciones, realmente fue quien las ejerció<sup>437</sup>.

En la LSC se impone la inscripción registral del cese de los administradores o de la revocación de su nombramiento<sup>438</sup>. Si no se cumple con esta carga

---

<sup>435</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal...», *Comentarios a la Ley Concursal*, p. 708.

<sup>436</sup> MARTORELL, *Los directores...*, p. 193.

<sup>437</sup> SAP de Palencia, Sec. única, de 18/11/1999 (AC 2352).

<sup>438</sup> Art. 86 de la LSC (red. por art. 13 Ley 17.904): «*Todo nombramiento de administrador, director o representante por acto distinto del contrato o estatuto social, así como su cese o revocación deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio.*

*En la obligación de inscribir no quedan comprendidos los negocios de apoderamiento.*

registral, la consecuencia que se deriva es la inoponibilidad del acto que determina el cese o que revoca el nombramiento del administrador. Por lo tanto, en esta hipótesis, la actuación del administrador cesado o revocado seguirá vinculando a la sociedad, no como administrador de derecho, sino como administrador de hecho<sup>439</sup>.

### ***B. Administrador con nombramiento nulo o irregular***

Otra modalidad de administración aparente se configura en aquellos casos en los que quien ejerce de hecho la función de administración ha sido elegido por un acuerdo nulo<sup>440</sup>, sea porque fue designado por quien carecía de facultades para hacerlo<sup>441</sup>, sea por un defecto en la convocatoria de la junta que lo nombró, por falta de quórum en dicha junta, por la contravención de las normas sobre mayorías o porque el designado está comprendido por alguna incompatibilidad o inhabilitación, siempre y cuando se compruebe la realización de actos que constituyan una manifestación del poder de dirección<sup>442</sup>. El nombramiento de administradores es un acto formal, de modo que, en general, cualquier causa que vulnere las normas legales o estatutarias que regulan ese nombramiento afecta su validez o eficacia<sup>443</sup>.

---

*La actuación de sociedades con administradores, representantes o directores no inscritos, hará inoponible el acto o contrato de que se trate. (Artículo 54 de la Ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997).»*

<sup>439</sup> BLENGIO MASSOLO considera que, en rigor, respecto de terceros, el administrador cesado o con nombramiento revocado es un administrador de derecho, por imperio de la inoponibilidad resultante del incumplimiento de la carga registral (BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 555).

<sup>440</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios* (1996), p. 62.

<sup>441</sup> FERREIRA TAMBORINDEGUY, «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo. Algunas reflexiones sobre su régimen de responsabilidad», *Estudios jurídicos*, n° 1, pp. 197-213 (2006), p. 199; MARTORELL, op. cit., p. 193.

<sup>442</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, id., pp. 58-64.

<sup>443</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho...», p. 977.

En el sentido que se viene de expresar, cabría calificar como *administrador de hecho notorio* a aquel que ha sido nombrado como tal a pesar de que no fueren capaces para ejercer el comercio o lo tengan prohibido o estén inhabilitados para ello (art. 378 LSC). También, cabría la categorización como administrador de hecho a quien carece de la condición de socio cuando así lo exigen las normas estatutarias o que no ha prestado la fianza o garantía requerida en éstas. Asimismo, se ha propuesto extender la consideración como *administrador de hecho notorio*, a aquel que ejerce la función a partir de cualquier designación irregular en su situación jurídica, aun cuando de ella no se deriva la nulidad, como podría ser el administrador con nombramiento no aceptado por el designado o no inscrito<sup>444</sup>.

En todo caso, como advierte la doctrina, mientras la destitución o la sentencia que estime la nulidad del nombramiento no se produzcan, éste tendrá efectos como si fuere válido e, incluso, devendrá inatacable una vez vencido el plazo de caducidad respectivo. Sólo si este sujeto continuara desempeñando la función de administrador después de cesado en el cargo podría ser calificado de administrador de hecho<sup>445</sup>.

### ***C. Administrador con cargo caducado***

Una tercera modalidad de administración aparente se configura en aquellos regímenes en que el cargo de administrador caduca al vencimiento del plazo por el cual fue designado. Puede suceder que, no habiéndose designado su sustituto, quien era administrador de derecho continúe ejerciendo el cargo de hecho. Esto plantea tanto la cuestión de la validez y eficacia de los actos realizados por quien de hecho administrase, como la cuestión de la responsabilidad que asume por el período en que ejerció el cargo de hecho.

En el Derecho español, en la década del sesenta, la DGRN debió pronunciarse respecto de la validez de un aumento de capital social, a pesar de que la junta

---

<sup>444</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil* (1996), p. 46.

<sup>445</sup> LATORRE CHINER, *op. cit.*, p. 972.

general fuera convocada por administradores con cargos caducados por vencimiento del plazo de su nombramiento y no constar que hubieran sido reelegidos<sup>446</sup>. Esto supuso, evidentemente, admitir que, aun estando su cargo caducado, quien convocó estaba en condiciones de hacerlo en forma válida y eficaz. De esta forma se evitó la paralización de la persona jurídica por imposibilidad de actuación de sus órganos, lo que, en definitiva redundó en la conservación del negocio societario<sup>447</sup>.

La jurisprudencia española ha coincidido en atribuir la condición de *administrador de hecho*, a aquél que permanece en el ejercicio de la gestión social, a pesar de que su nombramiento ha-ya caducado<sup>448</sup>. Incluso en sentencias recientes, el TS ha reconocido esta modalidad de administrador de hecho, continuado considerando incluido en el concepto de administrador de hecho, tal como fue señalado al referirnos a la primera acepción de administrador de hecho<sup>449</sup>.

La problemática en torno a esta modalidad de administrador de hecho, no obstante, se minimizó desde que la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 acabó con las dudas que suscitaba el cómputo del plazo para el que se designaba a los administradores. En la actual redacción del art. 145.1 del RRM se establece la misma fórmula que hoy recoge la LSC<sup>450</sup>, según la cual el

---

<sup>446</sup> RDGRN de 24/6/1968 (RJ 1968\3662).

<sup>447</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, p. 972.

<sup>448</sup> SSTS de 1/4/1986 (RJ 856) y de 22/10/1974 (RJ 3970).

<sup>449</sup> SSTS de 3/10/2008 (JUR 336360) y de 14/5/2008 (RJ 2008\3075).

<sup>450</sup> El art. 221 de la LSCE se establece que los administradores ejercerán el cargo durante un plazo señalado en los estatutos, que no podrá exceder de seis años. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 222 de la LSCE, su nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio vencido.

nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo para el que fueron nombrados, se haya celebrado la junta general siguiente o haya transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior. Queda descartado, entonces, el cese automático en el cargo, produciéndose la prórroga *ex lege* del nombramiento en la forma que acabamos de referir. Durante esta prórroga, naturalmente, el administrador continuará ejerciendo el cargo de derecho<sup>451</sup>.

En el Derecho uruguayo la cuestión no se plantea, puesto que el art. 380 de la LSC establece, expresamente, que los administradores permanecerán en sus cargos hasta su reemplazo salvo, por supuesto, que cesen por incapacidad, prohibición o inhabilitación superviniente (art. 378 LSC). En el caso de que culmine el plazo para el que fue designado, el administrador que continúa en el cargo continúa siendo el administrador de derecho, puesto que lo hace en virtud de la legitimación que le confiere una disposición legal expresa.

## II. Administrador oculto

Se entiende que el administrador de hecho es oculto, en las condiciones siguientes:

1. existe un administrador social aparente que se desentien-de de lo sustancial de su función de administración, para cumplir una función de mero prestanombre<sup>452</sup>;
2. existe otro sujeto que no fue investido en forma alguna como administrador (ni con cargo caducado, ni con designación irregular) y tampoco genera frente a terceros la apariencia de ser administrador<sup>453</sup>;

---

<sup>451</sup> LATORRE CHINER, «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado...*, p. 981.

<sup>452</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *RDM*, n° 273 (2009), p. 1.017.

<sup>453</sup> En este sentido, LATORRE CHINER, observa que «(...) la nueva orientación de la doctrina

3. ese otro sujeto – que, eventualmente puede ser socio, a su vez oculto o no – es quien detenta efectivamente, la función de administración, a través de un instrumento que le permite llevar adelante, en los hechos, la gestión social;
4. frente a terceros, este sujeto aparenta cumplir otra función en la sociedad, que no le apareja responsabilidad concursal.

El administrador oculto es una de las manifestaciones más frecuentes, en la práctica, de administración de hecho y, por añadidura, la que presenta una mayor peligrosidad<sup>454</sup>. No obstante, a los efectos de no extender la responsabilidad a quienes realmente desempeñan una función diferente a la de administrar la sociedad, la demostración de la existencia de un administrador oculto exige un plus de fundamentación<sup>455</sup>.

La figura del administrador oculto ha sido ampliamente re-co-nocida por la doctrina y jurisprudencia española reciente<sup>456</sup>. Sin embargo, en el Derecho español actual, el interés por configurar como administrador de hecho a estos sujetos decae, al menos en lo que respecta al ámbito concursal, desde el momento en que el art. 172 bis incluye a los apoderados generales entre los posibles condenados al pago del déficit concursal.

---

*conlleva la aplicación de las normas sobre responsabilidad a quienes se refugian en la ausencia total de investidura, consiguiendo encubrir la verdadera realidad societaria a través de ficciones cuidadosamente elaboradas» (LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 16).*

<sup>454</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 139.

<sup>455</sup> MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», p. 73.

<sup>456</sup> STS n° 56, de 23/2/2011 (RJ 2011\2475) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL; SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU; SAP de La Coruña, Sec. 4ª, n° 313 de 26/6/2009 (AC 2009\1742) ponente SEOANE SPIEGELBERG.

### *A. El apoderado general como administrador oculto*

En una primera modalidad de *administración oculta*, el administrador de hecho conduce la gestión social directamente, de forma continuada y sistemática<sup>457</sup>, sustituyendo al administrador de derecho, bajo la apariencia de un apoderado, de un director general o gerente<sup>458</sup>, o de un profesional al servicio de la sociedad<sup>459</sup>. Se trata, entonces, de un supuesto en el que una persona teniendo con la sociedad una relación distinta a la que se deriva de ser titular del órgano administrativo, ejerce funciones que exceden a las que le corresponderían en virtud de la relación que aparentemente tienen con la sociedad y que, por el

---

<sup>457</sup> JUSTE MENCÍA, «Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero* (2002), v. 2, pp. 1351-1382.

<sup>458</sup> PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”...», p. 2372. SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652), ponente: ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>459</sup> Por SJLC de 2° t., de 6/6/2013, se atribuyó la calidad de administrador de hecho a quien revestía el cargo de contador de la sociedad. De la prueba producida en el caso, la sentencia destaca documentación dirigida al contador, como representante de la sociedad y declaraciones testimoniales de la que surgiría que quien tomaba las decisiones por la concursada era éste. En la consideración del Sr. Juez, se tomó en cuenta que el Contador representaba a la concursada en diversos actos como solicitudes de refinanciamiento, realizaba los pedidos, autorizaba los pagos, realizaba negociaciones con cheques, era el interlocutor válido de la concursada, impartía instrucciones y negociaba condiciones comerciales. En nuestra opinión, el elemento definitorio para GONZÁLEZ GONZÁLEZ, juez en la causa, fue la confirmación de que el administrador de derecho era un mero testaferro. En este sentido, resultó de las declaraciones testimoniales, que ninguno de los testigos conocía ningún director de la concursada que no fuera el Contador a quien la sindicatura atribuyó la calidad de administrador de hecho. Uno de los testigos, en particular, declaró que el administrador de derecho cumplía funciones como mandadero en la sociedad concursada y que en ningún momento tomaba decisiones respecto a compras, pagos, refinanciaciones.

contrario, se equiparan a las de los administradores, por lo que está presente un elemento que la doctrina califica de simulación<sup>460</sup>.

Alguna doctrina considera que los sujetos referidos carecen de un poder autónomo de dirección empresarial y que la subordinación laboral al administrador de derecho, a que por definición están sometidos, impide que sean considerados como administradores de hecho, sea cual sea el título que se les atribuya<sup>461</sup>. Del mismo modo, en la jurisprudencia española, en principio, el apoderamiento ha sido considerado como excluyente de la figura del administrador de hecho<sup>462</sup>.

Sin embargo, también, existe doctrina que advierte que la existencia de una relación laboral no excluye, necesariamente, la administración de hecho, pues es posible acreditar la falsedad de la relación de subordinación<sup>463</sup>. Oculto bajo la apariencia de un apoderado general y utilizando las atribuciones que ese apoderamiento le confiere, un sujeto puede desarrollar, de hecho, un poder autónomo de administración<sup>464</sup>.

---

<sup>460</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal...* (2003), p. 496.

<sup>461</sup> ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, pp. 96-99; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales...», *AC*, n° 5 (2009), pp. 15-49.

<sup>462</sup> STS de 30/7/2001 [RJ 6632]: «(...) supuesto distinto de los apoderados, que no constituye órgano de la sociedad, y sus relaciones con la misma y frente a terceros, se rigen por las normas del mandato, esta circunstancia contractual, impide que se les puedan considerar a los hermanos F. como administradores de hecho, esto es, como personas que gestionan la sociedad sin tener mandato para ello, ya que se le tiene conferido por el administrador en el ejercicio de facultades atribuidas legalmente (...)»

<sup>463</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, p. 43.

<sup>464</sup> PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho...», p. 143.

En este mismo sentido, la jurisprudencia española ha reconocido que la figura del administrador de hecho se presenta a veces bajo el ropaje de un apoderamiento o como factor<sup>465</sup>. Por ello, una vez que ha sido acreditado el otorgamiento de un poder tan amplio y bastante como para ejercitar todas las facultades previstas para el órgano de administración, así como la efectiva realización de tareas propias del órgano de administración, no se ha dudado en atribuir la calidad de administrador de hecho. En definitiva, la jurisprudencia del TS ha sido favorable a extender la responsabilidad a estos sujetos, como administradores de hecho, siempre que de la prueba surja la conclusión inequívoca de que bajo la apariencia de apoderado o de factor, se esconde el auténtico administrador de la sociedad. En particular, se requiere la acreditación de su participación constante y efectiva en la dirección y control de la marcha de la sociedad, pese a la existencia de los administradores de derecho<sup>466</sup>.

La legislación concursal española vigente acabó con las dudas que pudieran caber sobre el punto, al establecer, directamente, la posibilidad de que el juez condene a los apoderados generales, además de a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho (art. 172 bis LCE). Por ello, dedicaremos un numeral específico al apoderado general.

La cuestión mantiene actualidad para el Derecho uruguayo, puesto que en su legislación concursal no se hace referencia a los apoderados generales.

### ***B. El administrador dimisionario como administrador oculto***

Una segunda modalidad de administración oculta se configura en el caso en que se genera la apariencia de una renuncia pero se continúa en el ejercicio del

---

<sup>465</sup> STS n° 222 de 22/3/2004 (RJ 2004\1661) ponente VILLAGÓMEZ RODIL: «*la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiéndose por tales además los que refiere el art. 141 de la LSA, y los factores generales o singulares (art. 286 CCom)*».

<sup>466</sup> SAP de La Rioja, Sec. 1ª, n° 275 de 9/9/2011 (JUR 2011\345165); SAP de Madrid, de 6/3/2008 (JUR 143093).

cargo. El abandono del cargo y la de-signación formal de nuevos administradores, no ha impedido que la jurisprudencia española les atribuyera a los falsos dimisionarios la responsabilidad propia de un administrador de derecho, una vez demostrado que eran ellos quienes realmente desempeñaban la función de administración<sup>467</sup>.

En este sentido, el TS advirtió que administradores que habían dimitido y que continuaron realizando actos de administración y representación de la sociedad, no obstante que, posteriormente, se nombraran nuevos administradores, eran y siguieron siendo los administradores de hecho. A la designación de nuevos administradores y la formalización de la renuncia sólo le fueron reconocidos efectos formales y la responsabilidad frente a los acreedores les fue atribuida a quienes de hecho administraban a la sociedad<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (*JUR* 2011\83082), ponente: SANCHO GARGALLO.

<sup>468</sup> En la STS de 26/5/2003 (*RJ* 3926) se expresó lo siguiente: «(...) *no obstante a que, en fechas distintas renunciaron el cargo, sin embargo, de hecho han sido los que han seguido administrando a la sociedad, firmando cheques y pagarés (...) no obstante a que a primeros del año 1994 se nombraran nuevos administradores con renuncia formal de los demandados que se inscribió en el Registro Mercantil el 17 de marzo de 1994, solamente lo fue a puros efectos formales, pero los que en realidad administraban la sociedad eran los Sres. Iván y Guillermo, administradores de hecho que a los efectos de poder exigirles esta responsabilidad ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (...) y más, cuando tal posición de los consejeros pueda redundar en perjuicio de los acreedores, sobre todo si se aprecia la existencia de fraude acreditado por las circunstancias de que en apenas cuatro meses se ha efectuado en tres ocasiones nombramiento de administradores siendo uno tan significativo, como el que a la renuncia del Sr. Guillermo, se nombre administradora en su sustitución a su esposa que no es socia y a los pocos días se otorguen por el Consejo al referido Sr. Guillermo amplios poderes para que administre la Sociedad.*»

### ***C. El representante de una persona jurídica administradora como administrador oculto***

Una tercera modalidad de administración oculta puede acaecer en el caso que el representante en el órgano de administración de una sociedad se sirva de una persona jurídica administradora para ocultar una administración de facto<sup>469</sup>. En este supuesto, siempre que concurren los requisitos ya analizados para la atribución de la condición de *administrador de hecho*, las normas que permiten la extensión de la responsabilidad a éste, alcanzarán al representante de la persona jurídica administradora<sup>470</sup>.

#### **1. Régimen general de responsabilidad**

Tanto en la legislación española (art. 212 bis LSC<sup>471</sup> y art. 143 del RRM<sup>472</sup>) como en la uruguaya, se admite que una persona jurídica sea administradora de una sociedad (arts. 82 LSC<sup>473</sup>).

---

<sup>469</sup> En la legislación uruguaya se admite que una persona jurídica sea administradora de una sociedad (arts. 82 LSC). En todo caso, la persona jurídica que acepte la designación tendrá la consideración de administradora de derecho. Es necesario que esa persona jurídica administradora sea representada por una persona natural en el órgano directivo de la sociedad administrada. Esa representación puede ser desempeñada por el respectivo órgano de representación de la persona jurídica administradora o, lo que es más común, por una persona física mandatada, especialmente, para que actúe en la gestión social, cumpliendo con los deberes que predispone la regulación para los administradores sociales (art. 82 LSC).

<sup>470</sup> HERNANDO CEBRIÁ, «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, n° 280, abril-junio (2011), p. 166. SJM 3 de Barcelona, de 18/2/2008.

<sup>471</sup> Artículo añadido por art. 1.12 de Ley 25/2011 de 1/8/2011.

<sup>472</sup> Real Decreto 1784/1996 de 19 /7/1996.

<sup>473</sup> El art. 82 establece: «*Cuando una persona jurídica sea administradora o representante, actuará a través de la persona física que designe, la que podrá reemplazar toda vez que lo considere conveniente. La persona jurídica y sus administradores serán solidariamente responsables por la actuación de la persona designada y asumirán como propias las obligaciones y responsabilidades derivadas de su condición de administradora y representante.*»

En todo caso, la persona jurídica que acepte la designación tendrá la consideración de administradora de derecho. Es necesario que esa persona jurídica administradora sea representada por una persona natural en el órgano directivo de la sociedad administrada. Esa representación puede ser desempeñada por el respectivo órgano de representación de la persona jurídica administradora o, lo que es más común, por una persona física mandatada, especialmente, para que actúe en la gestión social, cumpliendo con los deberes que predispone la regulación para los administradores sociales (art. 82 LSC).<sup>474</sup>

En el caso de que por la sociedad administradora actúe un apoderado, sea por disposición expresa de la legislación societaria – como en el caso uruguayo – o en virtud de que la propia naturaleza del apoderamiento - como en el caso español - corresponde aplicar los principios generales en materia de mandato (art. 1727 CCE). Consecuentemente, la responsabilidad no recae sobre la persona física designada como representante de una persona jurídica en el órgano de administración, pues se trata de un mero mandatario. Los efectos de la actuación del representante, habrán de recaer sobre la persona jurídica administradora y serán exclusivamente imputables a ella. Ello significa que, si hubiere responsabilidades, en principio, el pago del importe de la indemnización ni puede exigirse solidariamente al representante de la persona jurídica, ni se reparte entre la persona jurídica y su representante de conformidad con lo establecido en el art. 1145 del CCE, sino que la persona jurídica satisfará el total del importe de la responsabilidad.

Quien actúe por la persona jurídica compromete a ésta y a sus administradores, por todo lo que realice en el desempeño del encargo. Se produce un encadenamiento de responsabilidades. Como el administrador de una sociedad

---

<sup>474</sup> PRADA GONZÁLEZ, «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. 2 (Sociedades mercantiles), coord. IGLESIAS PRADA (Madrid: Civitas, 1996), p. 2295; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed. (2007), pp. 65 y ss.

asume responsabilidades por su gestión, tratándose de una persona jurídica administradora, tales responsabilidades recaen sobre esta persona y sus propios administradores, de quienes depende la designación de la persona física y la vigilancia de su actuación. El mandatario no asume responsabilidad personal por su actuación en la gestión social, sino cuando traspasa los límites del mandato (art. 1725 CCE). Al representante, eventualmente, se lo podrá responsabilizar en vía de regreso, por no haber atendido las instrucciones recibidas o por exceder las reglas de la representación conferida<sup>475</sup>.

## **2. Régimen aplicable al caso en que la personalidad jurídica sea una mera apariencia**

De acuerdo con alguna doctrina, el representante de una persona jurídica administradora, no puede ser equiparado, siquiera frente a terceros, con un administrador de hecho, por cuanto la publicidad registral que identifica a la persona jurídica administradora lo impide<sup>476</sup>. Sin embargo, es posible admitir que puede darse el caso en el que la persona jurídica administradora sea utilizada como un mero parapeto para eludir una eventual responsabilidad personal; el alejamiento de posturas formalistas permite acudir al cauce material de la relación, para superar la limitación que comporta la personalidad jurídica del administrador nominal. Por ello, la doctrina propone el recurso al alzamiento del velo de la personalidad jurídica, en aquellos casos en los que el representante se sirva del nombramiento formal de la persona jurídica como administradora, en fraude a la Ley.

---

<sup>475</sup> MOYA JIMÉNEZ, op. cit., p. 93.

<sup>476</sup> ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, n° 198, p. 655. DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 86 y 87; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 98 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», pp. 78-80.

A este respecto, es fundamental destacar que el art. 231 de la LSC<sup>477</sup> incluye a los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica, como una de las personas vinculadas y, por lo tanto, alcanzados por los deberes de lealtad consagrados en las disposiciones anteriores a la que acabamos de referir y, consecuentemente, a las responsabilidades de su incumplimiento. Luego, en forma que entendemos complementaria, debe tenerse presente que el art. 172.2.1° incluye a los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación y, en lo que a esta tesis especialmente interesa, se repite la referencia a los apoderados generales en el art. 172 bis. Abundaremos sobre el tema en el capítulo que específicamente destinamos a estos apoderados.

### 3. Jurisprudencia

La jurisprudencia advierte que no puede calificarse automáticamente como administrador de hecho, aquella persona física designada al amparo de los arts. 212 bis LSCE y 143 del RRM<sup>478</sup>. El administrador es la persona jurídica y no el representante que debe nombrar aquél para el ejercicio de las funciones propias del cargo, sin perjuicio, como es lógico, de las responsabilidades en que pudiera incurrir el representante frente a su representado como consecuencia de su actuación por haberse extralimitado en sus funciones o no seguir las instrucciones de éste o incluso directamente frente a la sociedad o terceros, en el plano puramente extracontractual (art. 1902 CCE)<sup>479</sup>.

Para imputar la responsabilidad característica del administrador a quien en el Registro no ostente tal condición, se debe probar que, oculto bajo la apariencia de

---

<sup>477</sup> El art. 231 de la LSCE establece que tendrán la consideración de personas vinculadas a las personas jurídicas administradoras, sus respectivos administradores, de derecho o de hecho, liquidadores y apoderados con poderes generales.

<sup>478</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283 y *ADC* n° 13, 2008) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>479</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° de 15/1/2010 (*JUR* 2010\106427), ponente: ARRIBAS HERNÁNDEZ.

una mera representación, es él realmente el administrador de hecho. La prueba plena y directa en estos casos, es normalmente una *prueba diabólica*, por la que la jurisprudencia admite la prueba indiciaria<sup>480</sup>.

Aun así, ha habido casos en que se ha atribuido la calidad de administrador de hecho al representante de la persona jurídica administradora, en el entendido de que la sociedad administradora fue constituida con el mero fin de que la persona gestora pudiese eludir las responsabilidades derivadas de su gestión<sup>481</sup>.

### III. Administrador indirecto

Alguna doctrina arriesga una sutil distinción entre el administrador de hecho *oculto bajo otra apariencia* y el administrador de hecho *indirecto*. El distingo se encuentra en que el administrador indirecto no exterioriza formalmente su condición por ninguna vía alternativa, sino que en forma indirecta ejerce una influencia que es determinante para la gestión de la sociedad<sup>482</sup>. La administración real de la sociedad no se encuentra a cargo de quienes ocupan los cargos de administradores, ni de quien ejerce de hecho la función de administración

---

<sup>480</sup> STS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

<sup>481</sup> STS n° 138 de 20/2/2007 (RJ 2007\2069) ponente XIOL RÍOS: «(...) *la apoderada especial (...) a quien el administrador otorgó poder especial tan amplio y bastante para ejercitar todas las facultades previstas para el órgano de administración (...) se configura así como una “administradora de hecho”, llevando a cabo en realidad todas las tareas propias del órgano de administración social, resultando ser la adjudicataria de la obra por parte de la Diputación, acepta los presupuestos de obra, acepta las letras de cambio, etc. (...) Por ello se ha de entender aplicable analógicamente para la segunda el régimen de responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales y ello si se quiere evitar que a través del cumplimiento formal de las prescripciones legales, se pretende burlar el derecho de crédito de los acreedores.»*

En este mismo sentido, también, la SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (JUR 2010\389283 y ADCo n° 13, 2008) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>482</sup> MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», p. 61; PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho...», p. 142.

oculto bajo otra apariencia. En lugar de ello, se encuentra determinada, indirectamente, por la influencia de un sujeto formalmente ajeno a la estructura orgánica de la sociedad. Paradigmáticamente, se trata del caso en que el administrador de derecho se encuentra sometido a instrucciones de un socio soberano o tirano, de un suministrador clave o de una sociedad dominante<sup>483</sup>.

Se ha dicho que sería un sinsentido no tratar del mismo modo a quien administra mediante decisiones que, de hecho, son eficaces y a quien administra mediante instrucciones que, de hecho, son vinculantes. Autor e inductor merecen la misma consideración<sup>484</sup>.

#### ***A. La entidad dominante de un grupo como administrador indirecto***

La concepción amplia de la figura del administrador de hecho, ha permitido categorizar como tal a la entidad dominante de un grupo – generalmente la sociedad matriz – a veces sin un análisis exhaustivo de los hechos e indicios que se deben tomar en consideración para considerarla como administradora de hecho de las sociedades que integran el grupo<sup>485</sup>. No obstante, eventualmente, una o varias personas físicas, o la sociedad dominante de un grupo económico, gestionan indirectamente a otra sociedad o a un conjunto de sociedades, sin dejar rastros formales de su influencia sobre la administración de éstas<sup>486</sup>.

---

<sup>483</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 78-84; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 131-146; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, dir. URÍA y MENÉNDEZ (1999), p. 1342; PERDICES HUETOS, «Significado actual de los “administradores de hecho”...», p. 2372.

<sup>484</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Indret, Revista para el análisis del Derecho* (2003), p. 17.

<sup>485</sup> AAP de Barcelona, Sec. 15, n° 44 de 31/1/2006 (*JUR* 2009\176679) ponente FORGAS FOLCH y AJM n° 3 de Barcelona, de 18/2/2005 (*AC* 2005\243) ponente FERNÁNDEZ SEIJO.

<sup>486</sup> FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», p. 301; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad...*, p. 181; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 129; MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», p. 73.

Su dominio sobre la gestión puede ser tal que los respectivos administradores de derecho no sean más que meros ejecutores de sus órdenes<sup>487</sup>. De ahí que alguna doctrina haya admitido<sup>488</sup>, sin cortapisas, la condición de administrador de hecho a la entidad dominante<sup>489</sup>, que debe responder, en caso de concurso de una sociedad dominada, por el ejercicio abusivo y culpable de su poder de dirección y control<sup>490</sup>.

La legislación española no contiene una regulación general de los grupos como, en cambio, sí lo tienen las legislaciones alemanas o portuguesas<sup>491</sup>. Contiene, en cambio, una pluralidad de disposiciones, de diverso ámbito normativo y jerarquía, que disciplinan aspectos parciales del fenómeno de los grupos de empresas<sup>492</sup>. Esta dispersión legislativa, explica las oscilaciones<sup>493</sup> en cuanto a los elementos definidores del grupo: el control y la unidad de decisión<sup>494</sup>.

---

<sup>487</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho...*, p. 311; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal* (2011), p. 246.

<sup>488</sup> MIGUENS, *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades* (1998), p. 4.

<sup>489</sup> HERNANDO CEBRIÁ, «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, n° 280 p. 166; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, p. 1342.

<sup>490</sup> Tal como recuerda RODRÍGUEZ MASCARDI, en el caso de la crisis bancaria que hubo en Uruguay en el 2002, se sostuvo con respecto a determinados grupos económicos de bancos, la existencia de un administrador de hecho del grupo, que no era ninguna de las personas que estaban al frente de ninguno de los bancos en carácter de administradores (RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., pp. 246 y 247).

<sup>491</sup> ANTUNES y ENGRACIA, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietaria* (1993).

<sup>492</sup> MASSAGUER FUENTES, «Estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico societarios)», *RDM*, n° 192, pp. 281 ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, n° 220 (1996), pp. 457 ss.

<sup>493</sup> Respecto a las dificultades de un tratamiento sistemático de la cuestión en la legislación española y la adopción de diferentes soluciones de política jurídica, ver EMBID IRUJO, «Un

## 1. Concepto de grupo

### a. Legislación

La LCE no contiene un concepto de conjunto o grupo económico. En su redacción actual, la disposición adicional sexta de la LCE, dispone que, a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del CCom<sup>495</sup>. Esta norma define al grupo de sociedades en el marco de la consolidación contable<sup>496</sup>.

El art. 42.1 del CCom (sec. 1ª, de los libros de los empresarios) – en la redacción dada por la Ley 16/2007<sup>497</sup> – contiene una definición de *grupo económico*, en la que adopta como parámetro definitorio del grupo al elemento del *control*, que se ostente o se pueda ostentar directa o indirectamente entre una y otra u otras sociedades, y con apoyo en una serie de presunciones<sup>498</sup>. El art. 42.1 del CCom español establece que «*existe un grupo cuando una sociedad ostente o*

---

paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RDS* (2008), p. 19 y ss.

<sup>494</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5, p. 5321.

<sup>495</sup> En el art. 3.5 de la LCE (hoy derogado por la Ley 38/2011) - al referirse a la legitimación de los acreedores para instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, fuera del caso en que exista confusión de patrimonios entre estos - establecía que, para que se pudiera solicitar el concurso conjunto de un grupo, se requería que existiese una identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

<sup>496</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y FUENTES, «La reforma concursal y los grupos de sociedades», *En torno a la reforma concursal* (2012), p. 236; VATTERMOLI, «Grupos insolventes y consolidación de patrimonios (substantive consolidation)», *ADCo* n° 24, pp. 19-48 (2012).

<sup>497</sup> Ley 16 de 4/7/2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para una armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

<sup>498</sup> LÓPEZ APARCERO, *Concepto de grupo de sociedades y concurso*, *ADCo*, n° 26 (2012), p. 255.

*pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». En particular, dispone que «se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones...».*

Entre dichas situaciones, el CCom se refiere a poseer la mayoría de los derechos de voto; a tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; a poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o a haber designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Luego, agrega que *«se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta...».*

El art. 18 de la LSCE – con el mismo criterio seguido por la LCE de remitirse al CCom - considera que existe un grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el art. 42 del CCom español. En ese artículo se establece que existe un grupo cuando una sociedad, que se califica como *dominante* ostente, directa o indirectamente, el control de otra u otras que, a su vez, se califican como *dependientes* (la calificación como *dominante* a la sociedad que ostenta el control, se encuentra repetida en el art. 18 LSCE). El control se presume en cualquiera de las siguientes situaciones: cuando se posea la mayoría de los derechos de voto o se pueda disponer de ellos en virtud de acuerdos celebrados con terceros; cuando se tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; cuando haya designado, con sus votos, a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta última circunstancia, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente sean miembros

del órgano de administración o altos directivos de la dominante o de otra dependiente de ésta.

En el art. 4 de la LMVE se considera perteneciente a un mismo grupo a las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponde a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto<sup>499</sup>.

En lo que tiene que ver con la legislación uruguaya, no existe un concepto de grupo en la LSC. En la LC existe una alusión a los grupos, al referirse a la posibilidad de que dos o más deudores presenten conjuntamente solicitudes de declaración judicial del concurso y de que los acreedores promuevan la declaración judicial de concurso de varios de sus deudores, cuando se configuren respecto de todos los deudores presunciones de insolvencia y formen parte de un mismo grupo (art. 9 LC). Lamentablemente, la norma es imprecisa; no queda claro si se refiere a *grupos económicos* o *grupos de sociedades* y, en todo caso, no provee una definición de *grupo*.

Alguna doctrina se inclina por considerar que el art. 9 se refiere a *grupos de sociedades*<sup>500</sup> y que la definición de grupo debe ser extraída de la definición de *grupo de sociedades* provista por el lit. c, del n° 2, del art. 112 de la LC. RODRÍGUEZ OLIVERA, en cambio, interpreta la expresión contenida en el art. 9, como referida a *grupos económicos*. El art. 112, según la catedrática, se refiere al *grupo de sociedades*<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el artículo 4 LMV», *Derecho de sociedades...*, v. 5 (2002), p. 5319.

<sup>500</sup> HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 97; CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «Tratamiento del grupo económico...», *ADCom*, n° 12 (2008), p. 185.

<sup>501</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009), p. 70.

En nuestra opinión, la existencia de entidades diversas, bajo un *único poder de dirección* – sea que éste resida en una persona física o una persona jurídica o varias que actúen concertadamente - es la base de la definición de *grupo de sociedades* contenida en el art. 112. Consecuentemente, no existen dudas de que el grupo de sociedades queda comprendido en la expresión *grupo*, a secas, utilizado en el art. 9, sin perjuicio de coincidir con la postura de RODRÍGUEZ OLIVERA en cuanto a que el concepto de *grupo* no está definido en el art. 112, ni puede limitarse a lo allí establecido. La expresión *grupo*, en el art. 9, es más extensa que la expresión *grupo de sociedades* utilizada en el art. 112, puesto que supone que el grupo estaría integrado por deudores *personas físicas o jurídicas*. El *grupo* referido en el art. 9 es lo que la doctrina conoce como *grupo económico* o *conjunto económico*. No habiendo en la LC elementos que nos permitan interpretar lo que significa *grupo* en el ámbito del art. 9, debe recurrirse a las definiciones de *grupo económico* o *conjunto económico*, que existen en otras normas del Derecho nacional y a las doctrinas más recibidas.

### ***b. Doctrina***

La doctrina francesa de mediados del siglo pasado elaboró una noción de *grupo* – también, denominado *conjunto económico* – bajo el supuesto de la existencia de una relación entre, por lo me-nos, dos entidades, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, que actúan, frente a terceros, bajo una *dirección unificada* o una misma *influencia dominante*<sup>502</sup>. En los grupos económicos, según esta doctrina, la libertad y autonomía de las sociedades controladas para actuar en función de su propio interés social suele desaparecer o limitarse, en función de un interés común o colectivo<sup>503</sup>. El grupo, en sí mismo, sería la expresión real del interés común y las sociedades que integran el grupo

---

<sup>502</sup> PERCEROU proponía la definición siguiente: «*On peut dire qu'il y a groupement de sociétés toutes les fois que sont réunies, sous une même influence dominant, plusieurs sociétés ayant une existence juridique distincte*» (PERCEROU apud VANHAECKE, *Les groupes de sociétés* [1959], p. 12).

<sup>503</sup> VANHAECKE, *Les groupes de sociétés* (1959), p. 12.

son la traducción formal de ese interés. Lo determinante, en todos los casos, es que la estructura que se adopte permita el ejercicio del control del grupo, de modo que quede sujeto a un único poder de dirección económica<sup>504</sup>.

Esta noción concuerda, básicamente, con las opiniones doctrinales más recibidas en España, para las cuales la expresión *grupo* supone la existencia de una relación entre, por lo menos, dos entidades, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, que actúan, frente a terceros, bajo una dirección unificada o una misma influencia dominante<sup>505</sup>.

### *c. Jurisprudencia*

A pesar de que la LC no provee un concepto de grupo, la jurisprudencia de los JL en lo Concursal uruguayos ha determinado la existencia de un grupo, en la medida que, identificado incluso con una denominación particular, se demostró que las diversas sociedades que lo integraban operaban bajo la dirección centralizada en una persona física determinada y sus hermanos<sup>506</sup>.

---

<sup>504</sup> CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions* (1962), pp. 281 y 285.

<sup>505</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5 (2002), pp. 5306 y 5307; EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades* (2003), p. 13; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, «Formas sociales de uniones de empresas», *RDM*, n° 7 (1947), p. 63; GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades* (2001), p. 142; GIRÓN TENA, *Las grandes empresas* (1965), p. 118; MASSAGUER FUENTES, «Estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)», *RDM*, n° 192, (1989), p. 281; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Uniones de empresas y grupos...», p. 1.328; URÍA, «Teoría de la concentración de empresas», *RDM*, n° 24 (1949), p. 335.

<sup>506</sup> Con base en esta acción, en SJLC de 2° t., n° 5 de 31/3/2011 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ), se responsabilizó al Banco de Montevideo: «*De las declaraciones de (...) prestadas en Sede Penal, surge la referida pertenencia de los demandados al grupo económico denominado Velox, el que tenía una dirección unificada encabezada por (...), sus hermanos y gerentes en los distintos países donde actuaba. Se describe la conformación de cada una de las unidades*

## 2. Atribución de responsabilidad a la entidad dominante del grupo

### a. Legislación

Ni en el ordenamiento jurídico español, ni en el uruguayo existe una regulación general de la responsabilidad de los grupos de sociedades, como tampoco existe ninguna norma que imponga la comunicación de responsabilidad en todos aquellos casos en que se demuestre la existencia de un grupo<sup>507</sup>.

Existe sí legislación especial, como es el caso de la LRM, en que se prevé expresamente que si el operador es una sociedad mercantil que forma parte de un grupo de sociedades, la responsabilidad pueda extenderse a la sociedad dominante. La extensión de la responsabilidad, sin embargo, no es automática, sino que depende de que se pruebe la existencia de abuso de la personalidad jurídica o fraude a la Ley (art. 10)<sup>508</sup>.

La LSC no ha establecido un régimen de comunicación de responsabilidad entre las sociedades que integren un grupo. Sin embargo, sí estableció algunas normas sobre sociedades vinculadas y contraladas.

La LSC considera que dos sociedades comerciales se encuentran vinculadas entre sí, cuando una de ellas tiene una participación superior al 10 % en el capital de la otra; si la participación excede el 25 % del capital de otra, la Ley ordena que la sociedad participante comunique tal circunstancia a la participada. La comunicación se hace obligatoria porque se estima que, a partir de una participación mayor al 25 %, puede sobrevenir una situación de control y la

---

*pertenecientes al Grupo, tanto en el área financiera como no financiera, y a quienes integraban las mismas (...)*»

<sup>507</sup> GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades* (2001), p. 142

<sup>508</sup> CASADO CASADO, «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, coord. LOZANO CUTANDA (2008), pp. 245-250; GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 315.

sociedad participada y sus socios deben ser prevenidos al respecto. La LSC impone entonces un deber, que funciona como alerta, cuando se configura una vinculación susceptible de convertir a la participada en controlada.

En cuanto a las sociedades controladas, la LSC prevé dos modalidades: se puede controlar a otra sociedad por el hecho de poseer determinado número de participaciones en su capital y, también, puede ejercerse control por especiales vínculos contractuales o de hecho. Esto implica que se reconoce que la propiedad o tenencia de partes, cuotas o acciones le permite, a la controlante, introducirse en el manejo interno de la sociedad participada. Se requerirá el concurso de la sociedad participante para adoptar resoluciones sociales y, según el número de participaciones, será decisivo o no su voto en la designación de administradores o directores. Asimismo, una sociedad puede imponer su control sobre otra mediante la celebración de contratos o a través de situaciones de hecho creadas por el mayor poderío económico o tecnológico de una sociedad sobre la otra<sup>509</sup>.

El art. 51 de la LSC impone a la sociedad controlante la obligación de usar su influencia para que la sociedad controlada, cumpla con su objeto social, respetando los derechos e intereses de los socios o accionistas; si no lo hace, responderá por los daños y perjuicios causados<sup>510</sup>. En el § 2 del art. 51 se dispone

---

<sup>509</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Agrupaciones societarias en la nueva Ley de Sociedades...* (1989), p. 26.

<sup>510</sup> Art. 51 LSC: «(Obligaciones de la sociedad controlante. Responsabilidades). La sociedad controlante deberá usar su influencia para que la controlada cumpla su objeto, debiendo respetar los derechos e intereses de los socios o accionistas.

*Responderá por los daños causados en caso de violación de estos deberes y por los actos realizados con abuso de derecho. El o los administradores de la sociedad controlante serán solidariamente responsables con ella cuando infrinjan esta norma.*

*Cualquier socio o accionista podrá ejercer acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente o para obtener la reparación de los causados a la sociedad.*

que la controlante no puede abusar del derecho de control adquirido. De modo que el control es legítimo siempre y cuando se respeten determinados límites. El control es legítimo en tanto por él, no se induzca u obligue a la controlada a incumplir su objeto, entendido en el sentido de actividad o giro que los socios se propusieron explotar cuando la constituyeron. No será legítimo el control si por su imposición no se respetan los derechos e intereses de los socios o accionistas de la sociedad controlada. La LSC establece, además, la responsabilidad solidaria de la sociedad controlante y de sus administradores. Cuando el perjuicio lo sufre la sociedad controlada, la acción contra la sociedad controlante y sus administradores podrá ser ejercida por la misma sociedad o por los socios o accionistas. Se confiere el ejercicio de la acción social a los socios, con lo cual se tutela a las minorías que no han consentido el control.

En el art. 50 de la LSC se establece un régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades vinculadas, controlantes o controladas frente a la sociedad<sup>511</sup>. Se les impone el deber de vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas, de tal modo que ellas no ocasionen pérdidas o perjuicios a la sociedad que ellos administran<sup>512</sup>. Si se trata de una sociedad anónima, la acción de responsabilidad contra los administradores

---

*Si la sociedad controlante fuera condenada, deberá pagar al socio o accionista los gastos y honorarios del juicio, más una prima del 5 % (cinco por ciento) calculado sobre el monto de la indemnización debida.*

*Las acciones previstas en este artículo prescribirán a los tres años contados desde la fecha de los hechos que las motiven.»*

<sup>511</sup> Entendemos, sin embargo, que si los administradores causaren un daño directo a los socios por el incumplimiento de los referidos deberes, los socios podrán actuar contra ellos, aplicando normas de carácter general, como la que acabamos de mencionar.

<sup>512</sup> El art. 50 de la LSC se dispone: «*Los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada o controlante en perjuicio de la sociedad administrada debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas o con compensaciones adecuadas. Serán responsables de los daños y perjuicios causados en caso de violación de esta norma*».

puede ser ejercida por la sociedad, sus accionistas (art. 394) y, subsidiariamente, por los terceros (art. 395). La acción promovida por los accionistas y los terceros ha de tener por objeto la reconstrucción del patrimonio social perjudicado.

En el art. 51 se establece una responsabilidad solidaria de la propia sociedad controlante y de sus administradores respecto a la sociedad controlada y de sus accionistas, perjudicados por el control. Combinando esta norma con la del art. 50, cuando una controlante ejerce abusivamente su control, la sociedad controlada podrá actuar contra sus propios administradores por que no vigilaron (art. 50) y, a la vez, contra la sociedad controlante y sus administradores (art. 51)<sup>513</sup>.

### ***b. Doctrina***

Ante la ausencia de normas expresas que habiliten la extensión de responsabilidad a la entidad matriz o a otros sujetos que integren el grupo, la doctrina ha admitido que la comunicación generalizada de responsabilidad no resulta fácilmente admisible, sin perjuicio de que deba reconocerse si concurren circunstancias específicas<sup>514</sup>. La doctrina, luego, considera que esas circunstancias específicas se dan cuando, la autonomía jurídica de ciertas entidades resulta ser un mero recurso técnico usado para lesionar intereses de terceros o para realizar maniobras fraudulentas<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> Para hacer efectiva esta responsabilidad, la LSC no organiza ni dispone un procedimiento especial. Se aplica la norma general del art. 18, correspondiendo el trámite de un proceso extraordinario. Sin embargo, se impone la condena perceptiva en gastos y honorarios del juicio a la sociedad controlante, si fuere condenada y, además, se dispone que deberá pagar una prima del 5 % sobre el monto de la indemnización a que sea condenada (art. 51). Como contrapartida de este régimen de severidad, se establece un plazo breve de prescripción de la acción: tres años a contar de la fecha de los hechos generadores de la responsabilidad.

<sup>514</sup> GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, p. 287.

<sup>515</sup> OTAEGUI, «Los casos de extensión de la quiebra en el Derecho argentino», *Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Álvarez* (1999), p. 319,

En un sentido de alguna manera convergente con esta doctrina, se admite que los administradores de la sociedad matriz o de forma difusa la propia sociedad dominante, puede constituir el administrador de hecho de una sociedad filial o controlada - y, por lo tanto, quedar sujeto al régimen de responsabilidad que sería aplicable a un administrador de derecho - si se comprueba que las instrucciones de aquéllas guardan relación de causalidad con el origen o agravamiento de la insolvencia<sup>516</sup>. No obstante, también, es preciso advertir que el ejercicio del poder de dirección unitario, propio de los grupos, no se ha considerado que baste *per se* para atribuir el carácter de administrador de hecho a la entidad cabecera del grupo<sup>517</sup>. La asimilación automática entre control o dirección unitaria del grupo, y administración de hecho de las sociedades dependientes, ha sido en general rechazada por la doctrina<sup>518</sup>.

La simple actividad de control sin inmiscuirse en la gestión y administración, no resulta suficiente para poder considerar a la entidad dominante como administrador de hecho de la sociedad. En este sentido, se afirma que *«la existencia de un poder de control y de unidad de dirección y su efectivo ejercicio no implica en modo alguno que la sociedad matriz asuma o desempeñe por ese solo hecho las funciones o actividades de gestión de las sociedades filiales»*<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> LÓPEZ APARCERO, «Concepto de grupo... », pp. 270 y 272; FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores...* (2007), pp. 250-284; GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, pp. 389 y 399; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Uniones de empresas y grupos...», p. 1342; PULGAR EZQUERRA, «La declaración del concurso de acreedores», *LL* (2005), p. 269; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADCo*, n° 5 (2005), pp. 55-59; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2007), p. 363; SARAZÁ JIMENA, «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *ADCo*, n° 10 (2007), pp. 256-259.

<sup>517</sup> GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de...*, pp. 190-191; MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», p. 74.

<sup>518</sup> FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», p. 309.

<sup>519</sup> ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades...», *RDS*, n° 29, p. 25.

Tampoco son suficientes las opiniones, los consejos, las recomendaciones, ni las ayudas financieras. La influencia debe poder ser calificada como decisiva<sup>520</sup>.

En lo que tiene que ver directamente con esta tesis, si la actuación determinante de la calificación del concurso ha sido adoptada por el órgano de administración de la concursada, dentro de su ámbito de autonomía de decisión, no afectado por su inserción en el grupo, no puede realizarse extensión de responsabilidad alguna fuera de aquel órgano. Para que el *administrador del grupo*<sup>521</sup> – sea éste la sociedad dominante, su respectivo órgano de administración o, incluso, una persona física o jurídica tercera - pueda considerarse como administrador de hecho de la filial, debe haber intervenido de manera continuada, duradera y estable en la gestión de la sociedad dependiente<sup>522</sup> y la actuación de los administradores de derecho de la filial debe haber sido realizada por cuenta y en interés de aquella<sup>523</sup>.

### *c. Jurisprudencia*

La jurisprudencia advierte respecto a la necesidad de preservar la seguridad jurídica, evitando incentivar pretensiones respecto a las sociedades dominantes en grupos empresariales basadas en el mero hecho de que se trata de un sujeto solvente (*deep pocket*), abusando de la figura de la administración de hecho. En general, según la jurisprudencia, la responsabilidad concursal debiera ser ajena a quienes se relacionan con la sociedad concursada influyendo en su administración por motivos comerciales, sin inmiscuirse en el correcto cumplimiento de deberes especiales que sólo gravan a esa sociedad o a sus administradores<sup>524</sup>.

---

<sup>520</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, pp. 41 y 47.

<sup>521</sup> SARAZÁ JIMENA, «Responsabilidad concursal...», p. 245.

<sup>522</sup> EMBID IRUJO, «Grupos de sociedades y Derecho concursal», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5 (2005), p. 1906.

<sup>523</sup> SARAZÁ JIMENA, «Responsabilidad concursal...», p. 258.

<sup>524</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

No obstante, varias sentencias han admitido la posibilidad de que la actividad ejercida por la entidad dominante o sociedad controlante sea reconducible a la figura del administrador de hecho, por asumir la gestión social de la controlada como si fuera un administrador designado por la misma. Este tipo de pronunciamiento, se ha verificado en función de la acreditación de la realización de actos de administración por parte de la sociedad dominada, obedeciendo a instrucciones imperativas de la entidad dominante<sup>525</sup>.

El carácter de administrador de hecho de la controlante, según esta jurisprudencia, debe deducirse de indicios y datos que permitan presumir el poder de control y la unidad de dirección. Se han considerado como tales la asistencia de consejeros de la controlante a los consejos de administración de la controlada, el hecho de que el consejo de administración de esta última eventualmente sesionase en la sede de la controlante<sup>526</sup>. Asimismo, la adquisición de la totalidad de las acciones de la controlada, sumada a indicios de la concertación de pactos para la remoción de los anteriores administradores, sin una subsecuente designación de administradores - no resultando posible, obviamente, la subsistencia de una sociedad anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo - llevó a considerar a la controlante como administradora de hecho de la controlada<sup>527</sup>.

---

<sup>525</sup> STS n° 74 de 28/2/2013 (RJ 2013\4593); AAP de Barcelona, Sec. 15, de 31/1/2006 (JUR 2009\176679). AJM n° 1 de Bilbao de 12/7/2007 (ADCo, 13, 2008, p. 435); SJM n° 1 de Sevilla de 13/6/2007 (ADCo, 13, 2008, p. 431); AJM n° 3 de Barcelona de 18/2/2005 (AC 2005\243).

<sup>526</sup> SJM n° 1 de Sevilla, de 13/6/2007 (ADCo 13, 2008, p. 431).

<sup>527</sup> STS n° 828 de 24/9/2001 (RJ 2001\7498), que confirma la sentencia dictada por la SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 19/3/1996. Ponente: GONZÁLEZ POVEDA. Sobre el punto en análisis, el TS se expidió en los términos siguientes: «*Por la adquisición de la totalidad de las acciones de Ibitrans, SA por Inmobiliaria Mesmón, SA convirtiéndose en socio único y suponiendo los pactos concertados la remoción de los anteriores administradores al asumir la compradora la "gestión" de Ibitrans, SA, y no haber designado persona física que asumiese el cargo de administrador, ha de considerarse a Inmobiliaria Mesmón, SA como administradora de facto*

Eventualmente, una sociedad concursada puede integrar un conjunto económico que, por definición, responde a un centro de dirección unificado, al que la jurisprudencia ha considerado como administrador de hecho. Esta unidad de decisión se vislumbra en la utilización de medios societarios - como la titularidad de las acciones que ostenten la mayoría y le otorguen a la controlante la facultad para designar a los administradores de la controlada - o extra societarios<sup>528</sup>.

En particular, respecto a los grupos financieros, como consecuencia de la crisis bancaria que sufrió Uruguay en el 2002, se promovieron diversas acciones de responsabilidad que apuntaban a una persona física que habría actuado como administrador de hecho del grupo, a pesar de no estar formalmente al frente de ninguno de los bancos involucrados<sup>529</sup>. En una sentencia anterior a la vigencia de la LC, el JL en lo Concursal de 1<sup>er</sup> turno reconoció expresamente que una persona física que ejercía de hecho la función de administración sobre diversas sociedades que componían un grupo, era susceptible de ser responsabilizada bajo el mismo régimen aplicable a los administradores de derecho<sup>530</sup>. En otro caso, en que le tocó entender al JL en lo Concursal de 2<sup>o</sup> turno, frente al comprobado perjuicio a terceros, se admitió que a éstos el ejercicio de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 189 y ss. LSC) imputando las deudas sociales de una sociedad del grupo a otra de las sociedades que lo integraban<sup>531</sup>.

---

*de Ibitrans, SA ya que no resulta posible la existencia de una sociedad anónima sin la de los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas.»*

<sup>528</sup> SJM 1 de Lérida, de 11/11/2008 (ADCo 17, 2009-2, pp. 607); SJM 1 de Sevilla, de 13/6/2007.

<sup>529</sup> HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal*, p. 296.

<sup>530</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n<sup>o</sup> 22, de 11/5/2005.

<sup>531</sup> Con base en esta acción, en SJLC de 2<sup>o</sup> t., n<sup>o</sup> 5 de 31/3/2011 (GONZÁLEZ GONZÁLEZ), se responsabilizó al Banco de Montevideo: «*Surge de autos a criterio de este Sentenciante la responsabilidad del Banco de Montevideo en virtud de que era quien respaldaba las operaciones del Grupo económico. La existencia de maniobras realizadas por los accionistas,*

En la SSCJ n° 812 de 5/11/2012 se descarto la atribución de responsabilidad a una persona física que resultó acreditada como cabeza de un grupo económico, por considerar – haciendo suya la opinión que el TAC de 2° t. mantuvo en varias sentencias<sup>532</sup> - que la mera existencia del grupo no implica «*promiscuidad de gestión entre los directorios de las empresas que lo integran*». Pese a esa consideración, se anuló la sentencia de segunda instancia en cuanto revocó la condena al Banco de Montevideo y sus directores y, en su lugar, se condenó a dichos demandados.

### 3. La «substantive consolidation» en el Derecho norteamericano

En el Derecho estadounidense se contempla la posibilidad de extender los deberes fiduciarios propios de los administradores a los sujetos que concretamente participan o determinan la gestión de la sociedad: «*individuals who actually induce management action are themselves liable as managers*»<sup>533</sup>.

En el caso de grupos de sociedades, presenta especial interés la sección 1015 (b) de las Bankruptcy Rules, que autoriza la acumulación de procesos concursales que se tramiten ante el mismo tribunal, si se trata de un deudor y al menos una

---

*ejecutivos y directores del Banco de Montevideo, actuando en fraude a la ley y perjudicando a los clientes de la entidad financiera, llevan a reconocer la realidad existente detrás de la personalidad jurídica del Banco de Montevideo, por lo que se hará lugar a lo solicitado en cuanto a que es el Banco de Montevideo quien deberá responder con su patrimonio el perjuicio ocasionado a los reclamantes (...) En consecuencia y de lo que viene de analizarse a criterio del Oficio, los demandados han desarrollado una conducta tal que los llevó a beneficiar al Grupo Económico al que pertenecían y a las empresas integrantes del mismo, en perjuicio de los ahorristas o inversores y en particular de los reclamantes de autos, poniendo en riesgo su patrimonio (...) Por su parte los codemandados (...) deben ser responsabilizados como integrantes del grupo económico referido y en virtud del análisis realizado en relación a la teoría del disregard. Sus conductas y responsabilidades se insertan dentro de las previsiones de la acción individual de responsabilidad de los directores de SA, la que a pesar de no estar prevista en nuestro derecho positivo, se la admite sin mayores dificultades.»*

<sup>532</sup> SSTAC de 2° t., n° 201 de 17/9/2008 y n° 324 de 9/11/2011.

<sup>533</sup> BEARLE y MEANS, *The modern corporation and private property* (1932), p. 239.

afiliada suya. La práctica jurisdiccional permite que se presente una sola solicitud de declaración por la sociedad dominante y sus subsidiarias ante el mismo tribunal. Éste puede, no obstante, decidir la división de procesas de cada deudor y su remisión a otros tribunales, en función de diversos criterios como la proximidad de los acreedores, la proximidad del fallido, la ubicación de los activos concursales y la mayor eficiencia en la administración judicial<sup>534</sup>.

Por otra parte, a pesar de no ser objeto de regulación en las leyes, se admite la agrupación total o parcial de activos y pasivos del deudor y sus afiliadas (consolidación sustancial)<sup>535</sup>. Los tribunales deciden si aplicar o no esta consolidación, según lo requiera la equitativa distribución del activo concursal y la fidelidad u honestidad (*fairness*) frente a los acreedores<sup>536</sup>.

Ésta ha sido señalada como una de las más controversiales doctrinas, por el enorme poder que atribuye a los jueces para derogar contratos, desconsiderar la personalidad jurídica de las sociedades involucradas y hacer colapsar una de las funciones más importantes cumplida por cada sociedad al interior del grupo: la función de destinar un patrimonio específico a la satisfacción de determinadas obligaciones (*asset partitioning*)<sup>537</sup>. De ahí que la jurisprudencia insiste en

---

<sup>534</sup> ASHE, «The corporate entity in bankruptcy: subordination, consolidation, merger», *ABLJ*, n° 46, (1972), pp. 291-304; LANDERS, «A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy», *UCLR*, n° 42, (1975), pp. 589-652; SELIGSON y MANDELL, «Multi-Debtor Petition - Consolidated of Debtors and Due Process of Law», *CLJ*, n° 73 (1968), pp. 341-348.

<sup>535</sup> VATTERMOLI, «Grupos insolventes y consolidación de patrimonios...», *ADCo* (2012), n° 24, p. 27.

<sup>536</sup> OSTRIN, «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», *CLJ*, n° 91 (1986), pp. 351-363; TATELBAUM, «The Multi-Tiered Corporate Bankruptcy and Substantive Consolidation...», *CLJ*, n° 89 (1984), pp. 285-288.

<sup>537</sup> HASMANN y KRAAKMAN, «The Essential Role of Organizational Law», *YLJ*, n° 110, pp. 387-440. (2000), p. 391.

destacar que constituye una herramienta que debe ser utilizada excepcionalmente<sup>538</sup> y advierte del peligro de forzar a acreedores de un deudor a compartir en forma paritaria los activos de su deudor, con los acreedores de un deudor menos solvente<sup>539</sup>.

## ***B. El socio único como administrador indirecto***

### **1. Legislación, doctrina y jurisprudencia española**

La LSCE admite expresamente la existencia de sociedades unipersonales, que pueden ser de responsabilidad limitada o anónima, tanto por haber sido constituidas por un único socio o porque todas las participaciones o las acciones han pasado a ser de propiedad de un único socio (art. 12). Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal, sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único se convierte en responsable personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14).

La doctrina considera que este socio único puede ser considerado como administrador de hecho (a menos que en él confluya, también, la calidad de administrador de derecho) siempre que concurren los requisitos de habitualidad en el ejercicio de las funciones gestoras propias del órgano de administración, autonomía en el proceso de toma de decisiones y la actuación directa o en primera persona en la ejecución de lo resuelto<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> Re Owens Corning, 419 F3d 195, 208-09 (3d Cir 2005); Re Gandy, 299 F3d 489, 499 (5<sup>th</sup> Cir 2002); Re Bonham, 229 F3d 750, 767 (9<sup>th</sup> Cir 2000); Eastgroup Propertis v Southern Motel Association, Ltd., 935 F2d 245, 248 (11<sup>th</sup> Cir 1991).

<sup>539</sup> Re Augie/Restivo Baking co, 860 F2d 515 (2d Cir 1988).

<sup>540</sup> MARTORELL ZULUETA, op. cit., p. 39.

La STS de 24 de setiembre de 2001 condenó a una sociedad, en tanto accionista único de otra, en calidad de administradora de hecho. En el caso, fue considerado determinante en la sentencia, que al comprar las acciones, la sociedad accionista asumiese la gestión social, sin nombrar a ninguna persona física para que integrase el órgano de administración, ya que no resulta posible la existencia de una sociedad anónima sin la de los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley<sup>541</sup>.

Así mismo, en una sentencia reciente de la AP de Córdoba se atribuyó la condición de administrador de hecho a una sociedad anónima, no por el ejercicio de una actividad asimilable a la administración, sino por la identidad de su sustrato personal con quien fue socio único y administrador omnímodo de la sociedad concursada. La sentencia, entonces, desarrolla una línea argumentativa que justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en sede concursal<sup>542</sup>.

## 2. Legislación societaria uruguaya

En la LSC, la existencia de un acuerdo entre una pluralidad de personas es de la esencia de toda sociedad mercantil<sup>543</sup> y así se encuentra definido en su art. 1. Por otra parte, aunque sobre el punto no existe unanimidad en la doctrina<sup>544</sup>, la LSC le atribuye naturaleza contractual a la sociedad mercantil<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> STS n° 828 de 24/9/2001 (*RJ* 2001\7498) ponente GONZÁLEZ POVEDA.

<sup>542</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 100 de 20/5/2013 (*JUR* 2013\332016) ponente VELA TORRES.

<sup>543</sup> El legislador uruguayo, en el CC y el CCom uruguayo regulaba a las sociedades entre los contratos y definía a la sociedad como contrato (art. 387).

<sup>544</sup> OLIVERA GARCÍA, por ejemplo, considera que la LSC no trata al negocio constitutivo como un contrato y que la regulación de la anónima no se encuentra construida sobre un paradigma contractual sino sobre uno institucional (OLIVERA GARCÍA, «El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo», *RDC*, n° 4, p. 184 [2011]).

<sup>545</sup> En el proyecto originario, se decía en la definición que la sociedad es un contrato. Al definir a la sociedad comercial como contrato, se mantenía la línea del CCom uruguayo y del

Coherentemente con la definición de la sociedad y la naturaleza contractual que la LSC le reconoce, si se crea una sociedad por un solo socio, no se considera que estemos frente a un acto viciado, anulable, sino ante un negocio inexistente. Luego, si por la anulación del vínculo de uno o más socios con la sociedad, ésta queda reducida a un solo socio, se produce, también, la nulidad de la sociedad (art. 24).

Por otra parte, el número mínimo de socios debe existir no sólo en el acto de la constitución sino, también, a lo largo de la vida social. Por ello, el art. 159 de la LSC incluye, entre las causales de disolución, la reducción del número de socios a uno, con una remisión al art. 156. En este último artículo se dan dos opciones al socio único, que deberá ejercer en el plazo de un año. Puede recomponer la pluralidad, consiguiendo la adhesión de otra u otras personas que ingresen a la sociedad; en este caso, desaparece la causal de disolución. Se trata de una fórmula para la conservación del negocio societario. O puede optar por declarar disuelta la sociedad; en este caso, no es necesaria la designación de un liquidador. El patrimonio social de la sociedad se transmite a título universal al socio, bastando una declaratoria ante un escribano público, que se inscribirá en el RNC. Con ello, la sociedad deja de existir.

#### *a. Sociedades anónimas unipersonales*

Alguna doctrina ha entendido que el n° 8 del art. 159, por remitir al art. 156, no sería aplicable a las sociedades anónimas<sup>546</sup>. Esta opinión se fundamenta en que

---

CC que tradicionalmente así han considerado a la sociedad. En la discusión de la Comisión de la Cámara de Representantes se resolvió eliminar ese concepto de la definición.

No obstante, la LSC se refiere expresa y permanentemente a la sociedad comercial como a un contrato, según se deduce de diversas disposiciones (arts. 2, 5, 6, 250, 251 y 269). El art. 2 se refiere al contrato social. El art. 6 establece los requisitos formales del contrato social. El art. 10 tiene como título «*Modificaciones del contrato social*» y establece que éstas se formalizan con iguales requisitos a los exigidos para la constitución de las sociedades.

<sup>546</sup> FERRO ASTRAY, «Sociedad unipersonal», *ADCom*, n° 5 (1991), pp. 11 y ss.; OLIVERA GARCÍA, «La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y

el art. 158 establece que las normas de la subsección relacionadas con la rescisión parcial (arts. 144-157) no se aplicarán a las sociedades anónimas y en comandita por acciones, salvo lo previsto por los arts. 151, 154, §§ 1 y 3 del art. 155 y los demás casos en que la LSC lo disponga. Luego, la posición que estamos refiriendo se vio avalada por lo dispuesto en el art. 10 del Decreto reglamentario 335/990, que declaró que, respecto a las sociedades anónimas, no procede la disolución cuando la totalidad del capital accionario pertenece a una sola persona.

No coincidimos con esta interpretación. Advertimos que el art. 158 establece que las normas de la subsección que trata de la rescisión parcial son aplicables «*en los demás casos en que la ley lo disponga*». Precisamente, el art. 159, ubicado en otra subsección, no diferencia entre los diversos tipos sociales ni, mucho menos, exceptúa de sus disposiciones a las sociedades anónimas y establece, en el n° 8, entre las causales de disolución, como ya se señaló, la reducción del número de socios a uno, con remisión al art. 156. En consecuencia, en función de la remisión que efectúa el art. 159, § 8, el 156 sería aplicable, también, a las sociedades anónimas porque es un caso en que la Ley lo dispone. Por lo demás, la interpretación de una norma legal por decreto o, peor aún, la declaración vía decreto de la inaplicabilidad de determinada disposición legal a las sociedades anónimas, debiera ser, cuando menos indiferente, puesto que el Derecho uruguayo no le reconoce al Poder Ejecutivo la potestad de interpretar las leyes, ni de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones legales. El Decreto 335/990, en la disposición en análisis, por lo tanto, es notoriamente ilegal<sup>547</sup>.

Sin embargo, una parte de la doctrina duda en calificarlo como tal y, en los hechos, por esta vía, la existencia de sociedades anónimas de un solo socio es

---

Consortios», *Anales del Foro*, n° 100 (1991), p. 59; OLIVERA GARCÍA, *Estudios de Derecho Societario* (2005), p. 23; OLIVERA GARCÍA, «El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo», *RDC*, n° 4; RIPPE KÁISER, «Sociedad de un solo socio», *ADCom*, n° 7 (1996), pp. 45 y ss.; WONSIK, *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1 (1990), pp. 60-62.

<sup>547</sup> OLIVERA GARCÍA, «El sistema constitutivo...».

sumamente común en el Uruguay. De modo que, respaldadas en el Decreto 335/090, existen en Uruguay una gran cantidad de sociedades anónimas que, si bien fueron constituidas por dos o más personas, devinieron en unipersonales con posterioridad y no por ello fueron disueltas.

Corresponde advertir que la disolución no opera de pleno Derecho sino que debe ser resuelta por los órganos sociales competentes o, bien, debe ser declarada judicialmente (art. 162). Esta declaración sólo puede ser solicitada por los socios o por terceros interesados, siendo cuestionable que exista, en los hechos, otro interesado que el único accionista para pedir la disolución. Entonces, lo cierto es que en los más de 20 años de vigencia de la LSC y de su norma reglamentaria no existió ningún cuestionamiento a la sociedad anónima con unipersonalidad superviniente, ni en vía administrativa ni en la vía jurisdiccional. Las sociedades anónimas continúan siendo fiscalizadas por el Estado, a través de la Auditoría Interna de la Nación (AIN), sin que este organismo haya planteado jamás observación alguna a la comparecencia de un solo accionista representando la totalidad del capital accionario de la anónima. Tampoco ha existido ningún pronunciamiento judicial que entendiera que una anónima se disolvió por concentración de su capital en manos de una sola persona, ni que otorgara a esta circunstancia efecto o consecuencia alguna sobre la responsabilidad del accionista<sup>548</sup>.

***b. Responsabilidad del accionista único como administrador de hecho en el Derecho uruguayo***

Si se comprueba la injerencia continuada del accionista único en la toma de decisiones de la sociedad, la doctrina uruguaya entiende que es posible responsabilizarlo por el daño que haya causado a la sociedad o a terceros<sup>549</sup>.

En nuestro concepto, la existencia de un administrador de hecho supone un negocio simulado celebrado por el único accionista. Si el accionista actúa de

---

<sup>548</sup> OLIVERA GARCÍA, id. *ibid.*

<sup>549</sup> MILLER ARTOLA, *Sociedades anónimas...* (2005), p. 60.

hecho en un directorio, bajo la máscara de un director designado formalmente, quien debe responder es el accionista. La realidad debe primar sobre la simulación.

Una vez admitido que el accionista único puede ser categorizado como administrador de hecho, debe considerarse comprendido en lo dispuesto por el § 2 del art. 192 de la LC. Por ende, si la sociedad anónima concursada es calificada como culpable, la sentencia de calificación podrá contener la condena al accionista único a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

### 3. Legislación argentina

En la legislación argentina no está permitida la constitución de sociedades unipersonales. La pluralidad de socios es un requisito no sólo fundacional sino aplicable a toda la vida de la sociedad<sup>550</sup> (art. 94, n° 8, LSCA)<sup>551</sup>.

#### *C. El Estado y las Administraciones Públicas como administradores indirectos*

La idea de que el Estado, como cualquier sujeto jurídico, debe responder de los daños provocados por su actuación, es una de las principales conquistas de la actual configuración del Estado de Derecho. Aceptar que no existe privilegio alguno que ampare al Estado de la obligación de resarcimiento al perjudicado ha supuesto todo un logro jurídico en la evolución del Derecho, tal y como lo demuestra el devenir histórico de su régimen de responsabilidad<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> VÍTOLO, «Sociedades unipersonales», *Cuestiones de Derecho Societario, en Homenaje a Horacio P. Fargosi*, dir. VÍTOLO (2004), p. 99.

<sup>551</sup> Art. 94, n° 8, LSCA: «*La sociedad se disuelve: (...)*

8) *Por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas (...)*»

<sup>552</sup> DÍAZ CABIALE, *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado...* (2009), p. 1.

Las Constituciones española y uruguaya proclaman, con carácter general, la responsabilidad de los Poderes Públicos (art. 9.3 Constitución española y art. 24 Constitución uruguaya), lo que se ha considerado como suficiente como para provocar su aplicación directa<sup>553</sup>. En particular y en lo que aquí interesa, el art. 106.2 de la Constitución española estipula el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones padecidas a resultas del funcionamiento de los servicios públicos, con la excepción de los supuestos de fuerza mayor (principio de responsabilidad de la Administración), en los términos establecidos por la Ley. La regulación legal para todas las Administraciones Públicas está contenida en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 y desarrollado por el Decreto 429 de 26 de marzo de 1993<sup>554</sup>.

De ahí la importancia de evaluar la posibilidad de considerar al Estado y a las Administraciones Públicas como administradores de hecho de las sociedades en las que participe como socio mayoritario o único, en tanto accionista de control, cuando se impartan verdaderas y propias órdenes relativas a la actividad social<sup>555</sup>. En particular, esto sucede cuando, en el cuadro de una política de saneamiento y reestructuración de algunos sectores industriales, el Estado asume la obligación de satisfacer los débitos de una determinada sociedad y siempre que el Estado ejercite una influencia decisiva que se traduzca en una efectiva y permanente intervención en las funciones de los administradores de la sociedad<sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> DÍAZ CABIALE, aunque advirtiendo que la aplicabilidad directa de la responsabilidad patrimonial con base en el art. 9.3 de la Constitución española, no es aceptada comúnmente. En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator, la STS de 30/12/1992 se manifestó en sentido denegatorio, exigiendo un desarrollo normativo previo (DÍAZ CABIALE, op. cit., p. 1).

<sup>554</sup> LÓPEZ GUERRA et al., *Derecho constitucional*, 2 v. 8<sup>va</sup> ed. (2010), pp. 196 y 197; REBOLLO, «Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), pp. 547 y 548.

<sup>555</sup> ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...*, p. 129.

<sup>556</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador...*, p. 105.

El punto es que si el Estado asume una injerencia continuada en la administración de la sociedad participada, impartiendo directivas específicas en cuanto a la gestión y respecto a determinadas operaciones o actos, es posible calificarlo como administrador de hecho atribuyéndole responsabilidad solidariamente con los administradores de derecho<sup>557</sup>.

En el sentido de reconocer al Estado y a las Administraciones Públicas como administradores de hecho, se suelen invocar como precedentes jurisprudenciales varias sentencias belgas de la década del ochenta<sup>558</sup>, una sentencia de la Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa<sup>559</sup> y la sentencia italiana del tribunal de Orvieto de 4 de noviembre de 1987<sup>560</sup>.

En la legislación uruguaya existe una norma especial - el art. 748 de la Ley 16.736 – que establece que los miembros de directorios de sociedades anónimas que representen al Estado, a un ente autónomo o a un servicio descentralizado serán reputados funcionarios públicos, a los efectos de la responsabilidad civil o tributaria resultante del ejercicio de sus cargos, aplicándose al efecto lo dispuesto en los arts. 24 y 25 de la Constitución. El art. 24, según ya se mencionó, es el que establece la responsabilidad civil del Estado y las Administraciones Públicas por el daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección. El art. 25 prevé que, cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiera pagado en reparación. Por lo tanto, de la combinación de las normas referidas se extrae que el Estado y las

---

<sup>557</sup> ABRIANI, op. cit., pp. 136 y 137.

<sup>558</sup> STrib.com. Bruselas de 22/10/1982, *Revue pratique des sociétés*, 1983, p. 244; SAB de 14/9/1988, *Revue commerciale belge*, 1989, p. 171; Trib. Gand., de 26/3//1993, *Revue de droit commercial belge*, p. 935.

<sup>559</sup> SCass.Com. de 13/5/2003, *D.* 2993, *Sommaires.* 2537.

<sup>560</sup> STrib. Orvieto de 4/11/1987, *Giur. It.*, 1988. I, 2, c. 501.

Administraciones Públicas responderían frente a los terceros por el daño causado por sus directores en las sociedades participadas, reservándose la posibilidad de repetir contra ellos lo pagado, en caso de culpa grave o dolo de los directores.

***D. Administración indirecta en función de la existencia de especiales vínculos contractuales***

**1. Management agreements**

Una cuarta modalidad de administración indirecta se verifica, en aquellos casos en que la función de administración se delega, de hecho, en una sociedad especializada en la prestación de servicios de asistencia técnica o *management*<sup>561</sup>. En especial, la celebración de contratos de administración o *management agreements*<sup>562</sup> supone que la sociedad de *management* asume la dirección de la empresa, incluso con facultades de representación<sup>563</sup>, convirtiéndose en su administrador de hecho<sup>564</sup>.

La doctrina invoca como ejemplo un caso de la jurisprudencia francesa en el que la Corte de Casación condenó a una persona jurídica que giraba como operador turístico a responder por el déficit concursal en la quiebra de otra sociedad propietaria de un hotel, en función de la acción de *comblement de l'insuffisance du passif*<sup>565</sup>. En el caso, se constató que el operador turístico, más allá de los poderes conferidos en dos contratos celebrados con la sociedad hotelera – uno de asistencia técnica y otro de *management* – se había reservado la dirección de la organización administrativa y financiera del hotel, la definición de

---

<sup>561</sup> ABRIANI, op. cit., p. 138; MONTALENTI, op. cit., pp. 436.

<sup>562</sup> La tipología de los contratos de *management* es variada. En algunos casos, bajo el nombre de *technical* o *management assistance*, la sociedad de management no asume propiamente funciones correspondientes a la alta dirección de la empresa (*business policy*), sino que desempeña tareas de gerenciamiento (*day-to-day management*).

<sup>563</sup> MONTALENTI, id., p. 459.

<sup>564</sup> MONTALENTI, id., p. 439.

<sup>565</sup> SCass.Com. de 19/12/1995, *JCP*, 1996, ed. E, p., 245 y *RS*, 1996, p. 347.

su política de precios, y la negociación de los contratos y de la gestión comercial<sup>566</sup>.

La LSC, en sus disposiciones generales, establece la prohibición de delegar las funciones de administración y representación, sin el consentimiento de los socios, salvo pacto en contrario (art. 81). Luego, en sede de sociedades anónimas, establece que los administradores y directores desempeñarán personalmente sus cargos, sin perjuicio de que la administradora sea una persona jurídica (art. 82) y de la posibilidad de designar gerentes y otorgar mandatos (art. 383). Por lo tanto, en general, el órgano de administración podría delegar en una sociedad de *management*, las funciones de administración y representación, si tuviese la conformidad de los socios. En el caso de las sociedades anónimas, está claro que puede celebrar contratos de *management assistance*, pues el órgano de administración se encuentra expresamente facultado para designar gerentes y otorgar mandatos. En cambio, siendo imperativo el desempeño personal de los cargos, suscita dudas la validez de un *management agreement* al que se deleguen sus funciones, aun con el consentimiento de sus socios. No obstante, sea nulo o válido el *management agreement*, lo relevante a los efectos de esta tesis es el ejercicio de hecho de la gestión social. Los planos lógico-jurídicos discurren separadamente: el *management agreement* será, eventualmente, nulo; la actividad desarrollada por la sociedad de *management* es susceptible de ser encuadrada como administración de hecho<sup>567</sup>.

## 2. Contratos de distribución

Los contratos de distribución, en sentido amplio, posibilitan el establecimiento de especiales vínculos que, eventualmente, supongan una interferencia irresistible del principal sobre el distribuidor, de tal forma que, en

---

<sup>566</sup> HAEHL, «Redressement et liquidation judiciaires, Sanctions», *RTD com.*, 1996, pp. 537 y ss.

<sup>567</sup> MONTALENTI, id., pp. 466 y 467.

los hechos, la gestión social se encuentre sometida a la dirección de aquel. Si bien esto podría suceder con cualquiera de las modalidades contractuales que genéricamente son referidas como contratos de distribución, en la doctrina y la jurisprudencia se destacan dos: el contrato de franquicia y el de suministro.

En cuanto a la posibilidad de que un contrato de franquicia imponga, indirectamente, la administración de hecho de una sociedad franquiciada, la jurisprudencia advierte que esta no es una conclusión a la que se deba llegar en todos los casos, necesariamente, sino que se trata de una eventualidad que debe ser considerada en función de las circunstancias de cada caso<sup>568</sup>. En atención a este tipo de consideración, en algún caso, en la jurisprudencia francesa<sup>569</sup>, una sociedad franquiciante fue identificada como administradora de hecho una sociedad franquiciante, por haber participado en la gestión de la sociedad franquiciada<sup>570</sup>.

Del mismo modo, en jurisprudencia del Tribunal de Rouen se consideró como administrador de hecho a un proveedor exclusivo que durante años participó de la administración de la sociedad su-ministrada<sup>571</sup>. La sentencia del Tribunal de Rouen fue casada por la Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa, por no haber advertido que la relación de suministro había cesado mucho tiempo antes de la declaración de quiebra, cuando la sociedad se encontraba todavía *in bonis*. Sin embargo, implícitamente, la Corte confirmó el principio de que la proveedora pudiera considerarse como administradora de hecho<sup>572</sup>.

---

<sup>568</sup> S.Trib. Orléans, de 8/3/2001, *RJDA* 2001, n° 589.

<sup>569</sup> STrib. Valenciennes de 8/6/1993, *RPC*, 1993, p. 582.

<sup>570</sup> LE TOURNEAU, «L'action en comblement du passif contre un franchiseur dirigeant de fait, ou la frontière entre l'étroit collaboration des parties au contrat de franchise et l'immixtion dans la gestion», *RTD com.*, 1996, p. 537; VIRASSAMY, «Qualité de dirigeant de fait d'une entreprise franchisée attribué au franchiseur condamné au paiement de l'insuffisance d'actif», *JCP*, 1994, II, 22.304.

<sup>571</sup> STrib. Rouen de 23/5/1978, *SJ*, 1979, II, p. 19.235.

<sup>572</sup> SCass.Com. de 9/7/1981, *Semaine jur.*, 1981, IV, p. 361.

En ambos casos fue precisado que, para la atribución de la calidad de administrador de hecho, no era suficiente el ejercicio del poder de control otorgado por cláusulas típicas de ese tipo de contrato, sino que era imprescindible la constatación de una intervención directa y sistemática en la administración de la sociedad sometida a su dirección<sup>573</sup>.

### 3. Contratos de crédito

Se ha planteado la posibilidad de considerar como administradores de hecho a las entidades de crédito que, aprovechando su posición de fuerza en la confrontación con la sociedad financiada, asumen sistemáticamente injerencia en su administración, mediante la realización de actos positivos de gestión o sustituyendo a los administradores de derecho<sup>574</sup>.

La cuestión interesó a la jurisprudencia francesa de mediados de los setenta. A esta época corresponden algunos pronunciamientos de tribunales de comercio, que le atribuyeron responsabilidad por el déficit concursal a ciertas entidades de crédito, en base a acciones de *comblement du passif social*<sup>575</sup>. A propósito, es interesante advertir, a los efectos de esta tesis, cómo el Tribunal de Apelaciones de París, en sentencia del 3 de marzo de 1978, a pesar de considerar a la entidad financiera como administrador de hecho, no la condenó al pago del déficit concursal en función de la acción que acabamos de referir, por entender que su

---

<sup>573</sup> LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *Bibliothèque de droit privé*, t. 212 (1990), p. 56.

<sup>574</sup> ABRIANI, op. cit., pp. 136 y 137; BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 556; NOTTÉ, *Les dirigeants de fait de personnes morales de droit privé* (1978), p. 239; VASSEUR, «La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France», *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, dir. MACCARONE y NIGRO (1981), p. 61.

<sup>575</sup> STrib.App. de Bordeaux, de 18/11(1981, D., 1982, p. 195; STrib.com. de Corbeil-Essones, de 9/7/1976; STrib.com de Verdún, de 15/7/1976; STrib.com. de París, de 14/1/1977; STrib.com. de París, de 7/10/1977.

participación en la administración no había contribuido al agravamiento de la insolvencia<sup>576</sup>.

No obstante, en términos generales, la jurisprudencia francesa mantuvo como principio, que la entidad de crédito que se limita a ejercer un control estricto del crédito otorgado a una sociedad, no debe ser considerada como administrador de hecho de dicha sociedad. Concretamente, el hecho de que una entidad de crédito ejerza control o supervisión sobre la utilización de los fondos puestos a disposición de su cliente, los consejos técnicos y hasta la exigencia de medidas de reorganización o la imposición de determinados cambios en la gestión, de modo de garantizarse el reembolso del crédito, ha sido considerado como un acto de legítima defensa de sus propios intereses, por lo que, en estos casos, no se le ha calificado como administrador de hecho<sup>577</sup>.

La jurisprudencia francesa, para la atribución de la condición de administrador de hecho a una entidad de crédito exige que ésta haya sustituido, de algún modo, a los administradores de la sociedad, ultrapasando lo que es usual en el relacionamiento entre una entidad de ese tipo y sus clientes<sup>578</sup>. En este sentido, por ejemplo, en un caso más reciente, esa jurisprudencia admitió la categorización de una entidad de crédito como administradora de hecho, en función de haber hecho designar a dos integrantes de su personal en el consejo de administración de la sociedad deudora<sup>579</sup>.

Sin perjuicio de reconocer que la jurisprudencia francesa ha sido la primera en plantear la posibilidad de atribuir a las entidades de crédito la condición de administrador de hecho, la doctrina advierte que los más interesantes desarrollos

---

<sup>576</sup> STrib.App. de Paris de 3/3/1978, *D.*, 1978, p. 420.

<sup>577</sup> SCass.Comm. de 15/4/1986; STrib. de Paris, de 6/1/1977, *D.* 1977, p. 144; STrib. de Paris, de 15/12/1995, *D.* 1996, *IR*, 74; STrib. de Paris, 1773/1978, *D.* 1978, *IR*, p. 420; STrib. de Nancy, de 15/12/1977, *D.* 1978, *IR.*, p. 225.

<sup>578</sup> SApp. de Paris, de 15/12/1995, *D.* 1996, *IR*, p. 74.

<sup>579</sup> S.Cass.Com., de 27/6/2006, *D.* 2006, p. 2.534.

en la materia han sido realizados por la jurisprudencia británica<sup>580</sup>. Para ello, esta jurisprudencia recurre a la noción de *shadow director*, a la que dedicaremos algunas páginas al analizar el concepto de administrador de hecho en el Reino Unido<sup>581</sup>.

### ***Capítulo cuarto: Otros sujetos sometidos a responsabilidad concursal***

Los administradores no son los únicos sujetos que pueden llegar a ser condenados como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso. Según lo establecido en el art. 172 bis de la LCE y en el art. 201, § 2, de la LC, los liquidadores, tanto de derecho como de hecho, pueden también ser declarado persona afectada por la calificación a la cobertura del déficit y, según lo establecido por el art. 172.3 de la LCE y el art. 201, n° 4 de la LC, los cómplices serán condenados a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

A su vez, la LCE, en el art. 172 bis incorporado por la reforma del 10 de octubre de 2011, agrega a los apoderados generales de la persona jurídica concursada, como posible afectado por la calificación a la cobertura del déficit. La LC no contiene ninguna referencia a los apoderados generales.

## **I. Liquidadores**

### ***A. La liquidación***

La liquidación es un especial estado en que se encuentra la sociedad y durante el cual conserva su personalidad jurídica. La sociedad, por lo tanto, continúa constituyendo un centro de imputación de derechos y obligaciones,

---

<sup>580</sup> ABRIANI, op. cit., p. 146.

<sup>581</sup> FIDLER, «Bank as shadow directors», *The Journal of International Banking Law*, 1992, pp. 97 y ss.; MILLET, «Shadow directorship: a real or imagined threat to the banks», *Insolvency Practitioner*, v. 14, enero, 1991, pp. 14 y ss.; SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law* (1987), p. 8009.

conservando su patrimonio diferenciado del patrimonio de los socios hasta la cancelación registral (art. 371.2 LSCE)<sup>582</sup>.

Cambia el objeto social que debe cesar en su actividad comercial y debe liquidarse. Su objeto ya no es realizar la actividad económica para la cual se creó sino que subsiste sólo para cumplir con las operaciones pendientes, cobrar créditos y pagar deudas. Dentro de estas actividades cabe la posibilidad de enajenar bienes para poder convertirlos en líquido<sup>583</sup>.

Cambia, también, el régimen de administración pues los administradores cesan en sus cargos, extinguiéndose el poder de representación (art. 374.1 LSCE). Los administradores son suplantados por liquidadores, que asumen tanto la gestión como la representación de la sociedad<sup>584</sup>.

### ***B. El liquidador de derecho***

La posición del liquidador es equiparable a la del administrador cuando la sociedad está activa<sup>585</sup>.

Quienes son administradores en el momento de la disolución, quedan convertidos en liquidadores, salvo aquellos casos en que exista una disposición contraria en los estatutos o de nombramiento de liquidadores por la junta general

---

<sup>582</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, *La disolución de la sociedad anónima*. 2ª ed. (2007), p. 69 y ss.; MACHADO PLAZAS, «Los liquidadores de las sociedades de capital», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2011), p. 145.

<sup>583</sup> MIQUEL, «Las operaciones de liquidación», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2011), pp. 187-216; MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador* (2002), p. 126.

<sup>584</sup> MACHADO PLAZAS, «Los liquidadores de las sociedades de capital», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2011), p. 145.

<sup>585</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Los liquidadores y el liquidador», *Derecho de sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5 (2002), p. 5200.

(arts. 376 LSCE y 170 LSC). Si la disolución es consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores no procede el nombramiento de liquidadores. La designación judicial corresponde en determinadas situaciones previstas concretamente por la Ley, a petición de cualquier socio y terceros que tengan interés legítimo (art. 377 LSCE)<sup>586</sup>.

Asume la gestión de los negocios pendientes y la realización de todos los actos conducentes a la liquidación (arts. 379 LSCE y 175 LSC). El liquidador es el representante de la sociedad (art. 175, § 1, LSC). El liquidador asume el deber de llevar la conta-bilidad y conservarla. El liquidador elabora balances e inventarios, proyectará la distribución del patrimonio remanente y de ser aprobado su proyecto efectuará la adjudicación correspondiente a cada socio<sup>587</sup>.

El liquidador será responsable en los mismos casos establecidos para los administradores (arts. 172 de la LSC). El art. 397 de la LSCE establece que los liquidadores son responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo. En particular, le incumbe el deber de solicitar la declaración de concurso de la sociedad en liquidación, en caso de insolvencia<sup>588</sup>.

---

<sup>586</sup> MACHADO PLAZAS, op. cit., pp. 151-165; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, v. 1 (2012), p. 1064.

<sup>587</sup> MARTÍN ALONSO, «Disolución y liquidación de sociedades. Responsabilidad de los liquidadores», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6445, p. 5; MIQUEL, «Las operaciones de liquidación», *La liquidación de las sociedades mercanti-les*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2011), pp. 194-216.

<sup>588</sup> MARTÍN ALONSO, «Disolución y liquidación de sociedades. Responsabilidad de los liquidadores», *Aranzadi Insignis*, p. 7.

### C. El liquidador de hecho

El liquidador de hecho es aquel que efectivamente lleva adelante la función de liquidación de la sociedad, independientemente de que haya asumido formalmente el cargo o no<sup>589</sup>.

En la legislación extranjera, la figura del liquidador de hecho aparece en el art. 196-2 de la Ley francesa 85/1998 de 25 de enero de 1985, que refiere, sin distinciones, a «*toda persona que haya, directa o indirectamente, de derecho o de hecho, liquidado una sociedad de capital*»<sup>590</sup>.

La LCE recoge esta figura en diversos artículos: art. 8, n° 7; art. 51.1, § 2; art. 48 ter § 1; art. 164.1, art. 166; art. 172.2, n° 1 y art. 172 bis. El art. 8, n° 7, sujeta las acciones de responsabilidad contra los liquidadores, aun de hecho, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada, a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. A su vez, art. 51.1, § 2, dispone que en el caso de que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, los juicios contra los liquidadores, de hecho o de derecho, se acumularán de oficio al concurso. El art. 48 ter, § 1, prevé la posibilidad de trabar embargo cautelar sobre los bienes y derechos de los liquidadores, de hecho y de derecho, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación sean condenados a la cobertura del déficit

---

<sup>589</sup> TOESCA DI CASTELLAZZO, «La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali», *Giust. Pen.* (1937), v. 2, p. 1129. En la jurisprudencia de italiana el único precedente de responsabilidad civil de un liquidador de hecho proviene de una sentencia del Tribunal de Milano, de 28 de marzo de 1983, en la que se le atribuyó dicha condición al socio mayoritario que había concurrido a realizar, con el liquidador por él designado, ciertos actos ilegítimos de disposición del patrimonio social (STrib. Milano, de 28/3/1983, *Società*, 1983, p. 1022).

<sup>590</sup> LEVENEUR, op. cit., pp. 94 y ss.

resultante de la liquidación. El art. 164.1 incluye a los liquidadores de hecho entre los sujetos cuya participación en la generación o agravación del estado de insolvencia, pudiera determinar la calificación culpable del concurso. Esta norma alcanza a quienes hubieren tenido cualquiera de esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. El art. 166, al referirse a los cómplices, prevé que estos pudieran serlo, entre otros, de los liquidadores, tanto de derecho como de hecho. El art. 172.2, n° 1, incluye a los liquidadores de hecho entre las personas que pueden resultar afectadas por la calificación. El art. 172 bis establece que los liquidadores de hecho, entre otros, pueden ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal. El art. 93.2.2° incluye a los administradores, tanto de derecho como de hecho, entre las personas relacionadas con el deudor persona jurídica. Los liquidadores, también, aparecen en la nómina de personas especialmente relacionadas que contiene este artículo pero, a su respecto, la norma no realiza la misma precisión que efectúa respecto a los administradores, en cuanto a quienes lo pudieran ser de hecho. No obstante, la doctrina considera que debe igualmente considerárselo comprendido entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica y, por lo tanto, con créditos subordinados (art. 92, n° 5, LCE)<sup>591</sup>.

La LC hace referencia al liquidador de hecho en dos artículos: el art. 192, § 2 y el art. 201, § 1, n° 3, e § 2. En el § 2 del art. 192 se incluye a los liquidadores de hecho entre los sujetos cuya participación en la producción o en la agravación de la insolvencia, pudiera determinar la calificación culpable del concurso. El n° 3, § 1, del art. 201 incluye a los liquidadores de hecho entre las personas que pueden resultar condenadas a la pena de inhabilitación. En el § 2 de este artículo

---

<sup>591</sup> ÁVILA DE LA TORRE y CURTO POLO, «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 4 (2005), p. 3553; FERRÉ FALCÓN, op. cit., p. 504. GUASCH MARTORELL, «El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal», *RDM*, n° 253 (2004), p. 1426.

se establece que los liquidadores de hecho, entre otros, pueden ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal.

## II. Apoderado general

La reforma de la LCE actuada a través de la Ley 38/2011 incluye expresamente al apoderado general entre las personas que pueden resultar afectadas por la calificación del concurso (art. 172.2.1º). Inmediatamente, en el art. 172 bis, se lo vuelve a incluir entre las personas que pueden ser condenadas a la cobertura del déficit concursal<sup>592</sup>.

La LC no lo menciona.

La idea de responsabilizar a los apoderados generales ya se encontraba en la legislación española, al menos en estado germinal, en disposiciones como la del art. 1 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito 26/1988, que sujeta a responsabilidad administrativa sancionable a los directores generales «o asimilados».

### A. Concepto de apoderado general

De acuerdo con la doctrina más recibida, el apoderado general (director general, gerente o factor mercantil), es el principal colaborador mercantil del empresario, que ha sido por él nombrado para dirigir un establecimiento o sucursal. Lo decisivo a la hora de identificarlo es el ámbito de las facultades que le han sido conferidas, que tienen que ser suficientes para administrar, dirigir y

---

<sup>592</sup> La extensión de la responsabilidad a los apoderados de las sociedades, estaba ya incluida en el Anteproyecto de Ley de Transparencia de 2003, que pretendía agregar al art. 133 LSA, como responsables por daños a la sociedad, a quienes ostentaran, de hecho o de derecho, cargos de dirección o actuasen en nombre o representación de la sociedad. Sólo la extensión de responsabilidad al administrador de hecho llegó al texto definitivo de la Ley de Transparencia y, por ende, se incorporó a la LSA (texto hoy incorporado al art. 236 de la LSC).

contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro y tráfico de su empresa (art. 136, § 1, CCom uruguayo)<sup>593</sup>.

En la medida que el apoderado general puede realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la sociedad, tiene una competencia similar a la estrictamente directiva del órgano de administración. Sin embargo, tales funciones se desempeñan en una posición de dependencia o subordinación respecto a dicho órgano. El apoderado general opera siguiendo la política general marcada por el órgano de administración, acata las órdenes recibidas de los administradores y les proporciona la necesaria información acerca de la marcha de los negocios<sup>594</sup>.

## ***B. Régimen de actuación y responsabilidad***

### **1. Régimen general**

De acuerdo con el régimen general, las actuaciones del apoderado general deben repercutir en la esfera de su representado (*dominus negotii*). Cuando contraten o negocien, deben hacer constar, en todos los documentos que suscriban, su condición de apoderados y el nombre de su representado (*contemplatio domini*). Cumplidas estas exigencias, las obligaciones que contraiga recaen sobre el empresario, en virtud de obrar una representación directa (arts. 284 y 285 CCom español y arts. 137 y 138 CCom uruguayo)<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de sociedades* (2013), p. 120; CAMACHO DE LOS RÍOS, «Los auxiliares del empresario», *Lecciones de derecho mercantil*, 14 ed., rev. y act., coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2010), p. 100.

<sup>594</sup> LATORRE CHINER, «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *RDS*, n° 32 (2009), p. 394.

<sup>595</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1 (2013), p. 121; CAMACHO DE LOS RÍOS, *op. cit.*, p. 101.

En el caso del factor notorio, los contratos realizados por él se entenderán hechos por cuenta del empresario y con poder suficiente, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos o se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades, siempre que estos contratos se refieran a los actos propios del giro o tráfico de la empresa o cuando, siendo de otra naturaleza, el factor obró de acuerdo con las instrucciones de su representado o éste aprobó sus actuaciones (art. 286 CCom español y art. 139 CCom uruguayo)<sup>596</sup>. Se trata de un representante aparente, lo que tiene como consecuencia que obligue válidamente al empresario, pues lo contrario atentaría contra el principio de seguridad jurídica<sup>597</sup>.

## 2. Regímenes especiales

El art. 172 bis de la LCE expresamente incorpora a los apoderados generales de la persona jurídica concursada, entre los sujetos condenables a la cobertura, total o parcial, del déficit<sup>598</sup>.

El art. 383 de la LSC contiene una norma que, también, habilita a los administradores sociales a la designación de gerentes y el otorgamiento de mandatos, pero no hace a estos responsables ni frente a la sociedad, ni frente a terceros, sin perjuicio de serles aplicables, obviamente, la normativa general en materia de mandatos. La norma establece, expresamente, que el hecho de haber designados gerentes u otorgado mandatos, no excluye la responsabilidad personal de los administradores sociales.

---

<sup>596</sup> BROSETA PONT, op. cit., v. 1, p. 121; CAMACHO DE LOS RÍOS, op. cit., p. 102.

<sup>597</sup> SSTS n° 240 de 14/4/2009 (*RJ* 2009\2897) ponente XIOL RÍOS, n° 531 de 31/5/2002 (*RJ* 2002\4579) ponente VILLAGÓMEZ RODIL y n° 288 de 31/3/1998 (*RJ* 1998\2039) ponente GARCÍA VARELA.

<sup>598</sup> La Ley 38/2011, en su DT 10 establece que el nuevo apartado del art. 164, así como los arts. 167 y 168, los apartados 2 y 3 del art. 172 y el art. 172 bis de la LCE, modificados por esta ley, son de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación, en los que no se haya acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de su entrada en vigor (SJM n° 5 de Madrid de 10/1/2012, *AC* 2012\370).

En la LC no se incluye a ningún tipo de apoderado entre los sujetos pasivos de ninguna responsabilidad concursal. Sin perjuicio de ello, la posibilidad de responsabilizar a los gerentes y mandatarios, aparece en diversas disposiciones legales o reglamentarias específicas. Así, por ejemplo, en el art. 23 del DLIF – ya re-ferido en esta tesis – se incluye entre los sujetos sobre los que el Banco Central del Uruguay (BCU) puede ejercer su potestad sancionatoria, a los gerentes y mandatarios. Del mismo modo, por Decreto 530/993, en lo que respecta a las entidades aseguradoras, se prevé que el BCU pueda imponer sanciones a los gerentes y mandatario, sin perjuicio de las que correspondan a los administradores, síndicos y fiscales. A su vez, la Ley 16.774 de 17 de setiembre de 1996, de Fondos de Inversión (LFI), hace responsables solidarios, también, a los gerentes, por los perjuicios que pudieran ocasionarse a los cuotapartistas por incumplimiento de las normativa pertinente y del reglamento del fondo.

### *C. Apoderamiento general y administración*

#### **1. Apoderado general y administrador de derecho**

Puede suceder que un administrador sea, simultáneamente, apoderado general de la sociedad. Recientemente, en sentencia de 4 de febrero de 2009, sobre la base de abundantes antecedentes jurisprudenciales<sup>599</sup>, el TS debió resolver respecto de una acción social de responsabilidad contra una persona física que revestía la doble calidad de integrante del consejo de administración y factor mercantil dotado de plenas facultades. En dicha instancia, entendió que la circunstancia de que un integrante del consejo de administración resulte especialmente apoderado para la realización de determinadas funciones, no le priva de la condición de administrador ni de su responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de su conducta negligente. Por otra parte, consignó que, en el caso, fue probado que el

---

<sup>599</sup> SSTS de 14/3/2008 (RJ 4463), de 8/2/2008 (RJ 2664), de 7/5/2007 (RJ 3405), de 14/3/2007 (RJ 1793), de 22/3/2004 (RJ 1661) y de 26/5/1998 (RJ 4004).

demandado actuaba con plenas facultades, como un administrador de facto, por lo que sería admisible su plena equiparación al administrador de derecho<sup>600</sup>.

## 2. Distinción respecto al administrador de hecho

La diferencia fundamental entre el apoderado general y el administrador de hecho es la misma que existe entre el primero y el administrador de derecho: la posición de dependencia en que se encuentra el apoderado respecto de los titulares del órgano de administración (sean estos de derecho o de hecho)<sup>601</sup>.

La jurisprudencia, a pesar de no mantener una postura unitaria<sup>602</sup>, ha asentado que la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados, siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos. Así, por ejemplo, en la STS, de 30 de julio de 2001, se descartó la figura del administrador de hecho, justamente, por ser apoderados los demandados<sup>603</sup>.

En forma reiterada, la jurisprudencia del TS ha establecido una diferenciación entre una situación de apoderamiento general y la de un administrador de hecho, en base a una sutil distinción entre la realización material de determinadas funciones y la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos

---

<sup>600</sup> STS de 4/2/2009 (RJ 1364).

<sup>601</sup> LATORRE CHINER, id. *ibid.*

<sup>602</sup> LATORRE CHINER, id., p. 393.

<sup>603</sup> STS n° 803 de 30/7/2001 (RJ 2001\6632), ponente ASÍS GARROTE: «(...) *Supuesto distinto de los apoderados, que no constituye órgano de la sociedad, y sus relaciones con la misma y frente a terceros, se rigen por las normas del mandato, esta circunstancia contractual, impide que se les puedan considerar a los hermanos F. como administradores de hecho, esto es, como personas que gestionan la sociedad sin tener mandato para ello, ya que se le tiene conferido por al administrador en el ejercicio de facultades atribuidas legalmente (...)*»

exigen para adquirir tal condición<sup>604</sup>. Sin embargo, la tendencia mayoritaria ha sido la de re-conocer en el apoderado general a un administrador de hecho<sup>605</sup>. En este sentido, por ejemplo, en la STS n° 501 de 7 de mayo de 2007, se responsabilizó por las deudas sociales a una personas que no había sido nombrada para el cargo de administrador pero, de hecho, lo ejercía en forma encubierta y al amparo de unos poderes no inscritos en el Registro Mercantil<sup>606</sup>.

La equiparación entre apoderado general y administrador de hecho ocurre, paradigmáticamente, cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Puede ocurrir, también, en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta co-mo administrador formal sin funciones efectivas aparece un apo-derado como verdadero, real y efectivo administrador social<sup>607</sup>. En este sentido, una sentencia reciente de la AP de Valencia, si bien revocó el pronunciamiento de primera instancia declarando fortuito el concurso, le reconoció la condición de administrador de hecho a quien figuraba como apoderado de la sociedad deudora, por haberse acreditado que era quien efectivamente dirigía a la sociedad, disponiendo y controlando su destino, para lo que, en particular, daba las órdenes a los trabajadores sobre fabricación de pedidos y entrega de mercancías, emitía las órdenes de pago, resolvía con la

---

<sup>604</sup> SSTS de 8/2/2008 (*RJ* 2008\2664); de 30/7/2001 (*RJ* 2001\6632) y de 7/6/1999 (*RJ* 1999\4730); SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (*AC* 2011\37).

<sup>605</sup> STS de 26/5/1998 (*RJ* 1998\4004).

<sup>606</sup> STS n° 501 de 7/5/2007 (*RJ* 2007\3405) ponente CORBAL FERNÁNDEZ.

<sup>607</sup> STS n° 314 de 23/3/2006 (*RJ* 2006\1596) ponente VILLAGÓMEZ RODIL.

administración concursal la venta de maquinaria, presentándose frente a terceros como el efectivo administrador<sup>608</sup>.

#### *D. Distinción con el factor, el gerente general y el alto directivo*

##### **1. El factor**

###### *a. Concepto de factor*

El factor es el gerente de un establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario (art. 283 CCom)<sup>609</sup>.

Es un auxiliar del empresario, del cual ostenta un poder para actuar en el giro o tráfico del establecimiento en que presta sus servicios. La Ley dota a este poder de un contenido típico, de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de una indagación particular, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor. Luego, si el factor es la persona encargada de administrar y dirigir un establecimiento mercantil, su poder abarca todo lo que el propio comerciante puede hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (como, por ejemplo, sería la venta del establecimiento)<sup>610</sup>.

La doctrina advierte que no existe inconveniente en atribuir esta condición a cualquier apoderado general de un empresario individual o social. En este sentido, los gerentes o directores generales de una sociedad, son también factores, aunque no estén al frente de un establecimiento, sino de la generalidad del negocio.<sup>611</sup>

---

<sup>608</sup> SAP de Valencia, Sec. 9ª, n° 225 de 25/9/2013 (*JUR* 2013\352780) ponente CARUANA FONT DE MORA.

<sup>609</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, 7ª ed. (1976), p. 665.

<sup>610</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, id., p. 666.

<sup>611</sup> SIERRA, op. cit., pp. 24 y 25.

En algunos casos, el mandatario puede obrar a nombre propio o sin revelar que gestiona intereses ajenos<sup>612</sup>. En otros casos, puede suceder que un sujeto actúe a nombre ajeno, pretendiendo que sus actos tengan eficacia directa sobre otro sujeto (*dominus*), a pesar de carecer de poder de representación o excediendo los límites de las facultades conferidas<sup>613</sup>.

En estos últimos casos, el tercero con el cual contrata, lo admite como representante basado, meramente, en la declaración del *falsus procurator* (arts. 1259, 1725 y 1727 CC)<sup>614</sup> o en atención a la apariencia de representación generada por situaciones de hecho capaces de llevar a error a un tercero de buena fe, que confía en esa apariencia (arts. 1734 y 1738)<sup>615</sup>.

En el caso del *falso procurator*, el *dominus* no queda vinculado frente al tercero y la actuación del representante se resuelve en la responsabilidad del mismo frente a su contraparte negociadora<sup>616</sup>.

En el caso del *representante aparente*, la protección del tráfico jurídico impone la tutela del tercero de buena fe que confía en la apariencia, sin importar, a estos efectos, la buena o mala fe del representante<sup>617</sup>. Dicha tutela al tercero de buena fe, dadas las condiciones de aplicación de la teoría de la apariencia, interfiere en el funcionamiento de las normas que sancionan con nulidad la

---

<sup>612</sup> CAPILLA RONCERO, «Contratos de servicios: transporte, mandato y depósito», *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, p. 690 (2001); PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, v. 2, p. 474 (1994).

STS de 22/5/1944 (RJ 634), de 6/3/1943 (RJ 306) y de 27/1/1945 (RJ 257).

<sup>613</sup> GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, p. 15 (1978).

<sup>614</sup> Esta figura está prevista, también, en otros códigos. Por ejemplo, el art. 1398 del CC italiano.

<sup>615</sup> GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente...*, pp. 477-479.

<sup>616</sup> GORDILLO CAÑAS, *id.*, pp. 228-230.

<sup>617</sup> GORDILLO CAÑAS, *id.*, pp. 465-471.

actuación del *falsus procurator*. En su lugar, se consagra la eficacia de los contratos celebrados por el representante aparente<sup>618</sup>.

La prueba de la mala fe, sin embargo, le permite al *dominus* el ejercicio de una acción resarcitoria contra el representante. El representante de buena fe no responde frente al *dominus*<sup>619</sup>.

### ***b. El factor como apoderado general***

Pese a que en términos generales la doctrina asimila al apoderado general al factor y al director general, corresponde realizar algunas distinciones, que se expresan a continuación.

El factor es un apoderado general, colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario, el tráfico o giro propio de aquél, administrando, dirigiendo y contratando sobre cosas concernientes a dicho establecimiento (arts. 281 y 283 CCom español, art. 133 CCom uruguayo). Ha de estar dotado de un poder general para actuar en el giro o tráfico del establecimiento en que preste sus servicios, pero no necesariamente de un poder general para desarrollar toda clase de actividades mercantiles. El poder debe inscribirse en el Registro Mercantil cuando el empresario esté inscrito (art. 22.1 CCom español y 87.2° RRM)<sup>620</sup>.

Se entiende que el factor con mandato inscrito queda comprendido en la referencia al apoderado general que realiza el art. 172 bis. No obstante, la doctrina plantea dudas respecto a si el *factor notorio*, también, podría resultar afectado por la calificación culpable del concurso, puesto que la alusión a

---

<sup>618</sup> GORDILLO CAÑAS, id., p. 478.

<sup>619</sup> GORDILLO CAÑAS, id. *ibid.*

<sup>620</sup> URÍA, *Derecho mercantil*, p. 49.

actuaciones de hecho, en la norma, sólo está vinculada a los administradores y liquidadores<sup>621</sup>.

Si la persona que actúa como *factor notorio* no está inscrita como apoderado mercantil en el Registro Mercantil, en aplicación el art. 286 del CCom español, los contratos que celebre se entenderán hechos por cuenta del propietario de la empresa o sociedad. De esta forma se protege la confianza en la apariencia, como específica aplicación de la protección de la buena fe en el tráfico y en atención a que la inscripción del poder en el Registro mercantil no es constitutiva y de que si no existe inscripción no pueden producirse los efectos presuntivos de conocimiento que derivan de la publicidad material<sup>622</sup>. En este sentido, el TS ha concedido una mayor protección a los terceros que confían de buena fe en hechos de apariencia extra registral, negando que exista una carga legal del tercero contratante de acudir al Registro Mercantil<sup>623</sup>.

### 3. El gerente general

#### *a. Concepto de gerente general*

El gerente general – al que en la legislación española se denomina como *director general* - ha sido definido como aquel empleado de la sociedad que – sin integrar estrictamente ningún órgano societario - por la posición preeminente respecto a todos los demás dependientes que colaboran con la empresa social, le corresponde una función directiva sobre la gestión diaria de la sociedad, que incluye todos trabajos y servicios mediante los que la empresa misma ejercita su

---

<sup>621</sup> GONZÁLEZ CABRERA, «La responsabilidad concursal de los administrado-res sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 15 (2011), n° 15, p. 358.

<sup>622</sup> VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, v. 1 (2012), p. 206.

<sup>623</sup> STS de 2/4/2004 (*RJ* 2073/2004).

actividad<sup>624</sup>. Usualmente, se les confían funciones de *alta gestión*, a pesar de ser éstas de incumbencia típica de los administradores<sup>625</sup>.

El *gerente general* mantiene con la sociedad una relación de carácter laboral, siendo su función la de colaborar en la tarea de gestión de la sociedad en base al poder que se le haya conferido, subordinado a las decisiones de la sociedad<sup>626</sup>. No integra ningún órgano social ni, por ende, cumple actividad alguna en el entorno de las relaciones orgánicas<sup>627</sup>.

Su participación en la actividad de los órganos de la sociedad se encuentra limitada a los términos referidos por el art. 181 LSCE, donde se dispone que los estatutos pueden autorizar u ordenar su asistencia a las juntas generales. De modo similar, el art. 352 de la LSC<sup>628</sup> prevé que se pueda autorizar la asistencia a asambleas de personal de dirección o gerentes generales.

La doctrina reconoce que la figura de *gerente general* encuadra básicamente en la figura que los viejos códigos denominaban como *factor*. Sin embargo, es

---

<sup>624</sup> FRE, *Società per azioni* (1972), p. 510. GALLEGO SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil de los administradores de entidades bancarias», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2013), pp. 541 y 549.

<sup>625</sup> MINERVINI, *Gli amministratori...* (1956), p. 207.

<sup>626</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, op. cit., pp. 541 y 549; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2, 3<sup>a</sup> ed. rev., corr. y act. por MENÉNDEZ y OLIVENCIA (1976), p. 127; RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Notas sobre el régimen jurídico del director general de SA», *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, v. 3 (1971), p. 115.

<sup>627</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, id., p. 550; MARTORELL ZULUETA, op. cit., p. 41.

<sup>628</sup> Art. 352 LSC: «(Intervención de administradores, directores, síndicos y personal de dirección). Los administradores, directores, síndicos o miembros de la comisión fiscal podrán asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas.

*La mesa podrá autorizar la asistencia de técnicos o de personal de dirección sin derecho a voto.»*

preciso advertir que, mientras el factor desarrolla sus funciones rigurosamente en el ámbito del establecimiento mercantil y su calificación está estrechamente ligada a un poder de representación general, el director general desarrolla (o puede desarrollar) también, funciones relacionadas con la organización social y no en todos los casos se encuentra investido de poderes de representación<sup>629</sup>.

### ***b. El gerente general como administrador de hecho***

Alguna doctrina es crítica<sup>630</sup> respecto a cierta jurisprudencia<sup>631</sup> que ha aplicado la categorización de administrador de hecho a *gerentes generales* regularmente nombrados, aduciendo que ejercitan de hecho los poderes del administrador. Se argumenta que se debe excluir de la noción genérica de administrador de hecho a aquellas figuras que, como el gerente general, tienen una configuración típica y, en la legislación española, un régimen jurídico preciso<sup>632</sup>, puesto que en su formulación típica carecen del poder de decisión propio de un administrador en toda su extensión<sup>633</sup>.

No obstante, existen normas de carácter administrativo que atribuyen responsabilidad a los directores generales, junto a los administradores de la sociedad (art. 1 Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito). Estas normas proponen una extensión del concepto tradicional de

---

<sup>629</sup> BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni* (1974), p. 136; GALLEGO SÁNCHEZ, *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada* (2009).

<sup>630</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil de los administradores de entidades bancarias», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (2013), pp. 549 y ss.

<sup>631</sup> SSTS de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) y de 26/5/1998 (RJ 1998\4004). Contra: SSTS de 14/5/2008 (RJ 2008\3075), de 22/3/2004 (RJ 2004\1661, ROJ 3107/2004), de 30/7/2001 (RJ 2001\6632) y de 7/6/1999 (RJ 1999\4730).

<sup>632</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, op. cit., p. 553.

<sup>633</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación del concurso», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 497.

administrador para abarcar, también, a quienes aun por título jurídico distinto desarrollan funciones equiparables en alcance y contenido a algunas de las que realiza aquél. Pese a reconocer que esta legislación amplía el concepto de administrador, la doctrina considera que no es generalizable a otros ámbitos generadores de responsabilidad, especialmente la civil<sup>634</sup>.

Así mismo, la admisión de responsabilidades en cabeza incluso de quienes no son los administradores de la sociedad, sino directivos o gerentes, con función de garantía, viene siendo admitida en otros ámbitos como, por ejemplo, el del Derecho medioambiental<sup>635</sup>. Es que cuando se trata de un ilícito cuyo marco frecuente de comisión es una empresa, se entiende que la responsabilidad, además de imputable a los administradores de derecho o de hecho en virtud de lo dispuesto por el art. 31.1 del CP, alcanza a todo aquel que coopera a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado (art. 28 CP)<sup>636</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que, una vez que la reforma incorporada por la Ley 38/2011 agregó entre los eventuales afectados por la calificación culpable a los apoderados generales, la discusión respecto a si los directores generales son o no administradores de hecho ha visto disminuida su entidad. Los directores generales si no se entienden comprendidos entre los eventuales afectados por revestir la calidad de administrador de hecho, lo estarán por el apoderamiento general que normalmente invisten.

---

<sup>634</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, id, pp. 555-557.

<sup>635</sup> BARRIENTOS PACHO, «Responsabilidad penal del administrador», *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Recopilatorio de las ponencias dictadas con ocasión de las Jornadas de la AJFV. Oviedo, 16 y 17 de noviembre de 2006* (2007), p. 55.

<sup>636</sup> En este sentido, la STS de 28/3/2003 declara autor responsable del vertido al gerente de la empresa en que se produjeron porque era el «único que podía autorizar los vertidos y tenía el dominio funcional del hecho y el control real y efectivo del funcionamiento de la fábrica, incluido el ámbito en que se realizó la actividad delictiva, que no puede quedar impune por realizarse bajo el manto de una persona jurídica».

En la primera sentencia en que en la jurisprudencia uruguaya se condenó a un administrador de hecho al pago del déficit concursal - dictada el 6 de junio de 2013<sup>637</sup> y confirmada el 20 de noviembre de 2013 por el TAC de 2º turno<sup>638</sup> - a pesar de que la LC no prevé la afectación de los apoderados generales, la sindicatura categorizó como administrador de hecho a un sujeto que, en su calidad de profesión contador, desarrollaba funciones que podrían identificarse con la gerencia general. El imputado, en su defensa, argumentó que su función en la concursada se limitaba a la propia de su profesión, encargándose de los asuntos financieros, administrativos, de personal y generales. Trataba con el personal, con los proveedores, con los clientes y supervisaba el departamento administrativo de la empresa. Realizaba proyecciones de flujo de fondos, coordinaba con el departamento de producción y la oficina de presupuestación, asesoraba y planificaba con el director de la sociedad los pasos a seguir.

De la prueba producida en el caso, la sentencia destaca documentación dirigida al imputado como representante de la sociedad y declaraciones testimoniales de la que surgiría que quien tomaba las decisiones por la concursada era éste. En la consideración del juez interviniente, se tomó en cuenta que el imputado representaba a la concursada en diversos actos como solicitudes de refinanciamiento, realizaba los pedidos, autorizaba los pagos, realizaba negociaciones con cheques, era el interlocutor válido de la concursada, impartía instrucciones y negociaba condiciones comerciales<sup>639</sup>.

---

<sup>637</sup> SJLC de 2º t., n° 818, de 6/6/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>638</sup> STAC de 2º t., de 20/11/2013, ponente PÉREZ BRIGNANI.

<sup>639</sup> En la segunda oportunidad en que se ha condenó a administradores de hecho a la cobertura del déficit concursal, la sentencia se limitó a argumentar que resultó acreditado por testimonios coincidentes que los categorizados como tales eran quienes tomaban las decisiones en la gestión de la sociedad concursada (SJLC de 1º t. n° 2012 de 12/11/2013, ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI). Esta sentencia fue recurrida pero, hasta el momento de presentación de esta tesis, no hubo resolución del tribunal de alzada.

No obstante, por lo que hasta aquí se lleva reseñado de la sentencia, parecería quedar comprobado que el imputado como administrador de hecho desarrollaba actividades propias de un gerente. Pero el gerente, aun el gerente general, no es por ello necesariamente un administrador de hecho. El elemento definitorio para el juez en la causa fue la confirmación de que el administrador de derecho era un mero testaferro. En este sentido, resultó de las declaraciones testimoniales, que ninguno de los testigos conocía ningún director de la concursada que no fuera el imputado a quien la sindicatura atribuyó la calidad de administrador de hecho. Uno de los testigos, en particular, declaró que el administrador de derecho cumplía funciones como mandadero en la sociedad concursada y que en ningún momento tomaba decisiones respecto a compras, pagos o refinanciaciones.

De modo que, en el caso se terminó probando la calidad de administrador de hecho no tanto por la actuación de éste, que hasta cierto punto podría ser equívoca, sino por la convicción de que quien ocupaba formalmente el cargo de administrador evidentemente era un testaferro. Consecuentemente, en la sentencia se condenó tanto al administrador de derecho como al de hecho, a pagar del déficit concursal más su inhabilitación por cinco años.

*c. Criterios de para la exclusión de responsabilidad de los gerentes generales como administradores de hecho*

Una vez que se considere que quien actúa como gerente general debe quedar comprendido bajo la misma responsabilidad que los administradores de derecho y sólo se verán liberados de responsabilidad en la medida en que consigan acreditar la inimputabilidad del comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago del descubierto.

En nuestra opinión, esa conexión sólo se podría romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación, porque concurre alguna circunstancia excluyente del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, acción proveniente de un tercero, o acción del propio perjudicado) o invocando, por analogía, las causas de exoneración de

responsabilidad previstas en la legislación societaria respecto a los administradores, esto es: no haber intervenido en la adopción y ejecución del acto u omisión que se le imputa, desconociera su existencia o, conociéndola, el gerente general hiciera todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (arts. 391 LSC y 237 LSCE).

### **3. Altos directivos o ejecutivos como administradores de hecho**

El art. 1.2 del Real Decreto 1382 de 1º de agosto de 1985, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RDAD), considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad (poder derivado o de segundo grado).

Tenemos, entonces, como criterio de distinción fundamental con los administradores sociales, que se trata de sujetos que mantienen con la sociedad, una relación laboral, no una relación orgánica. Los administradores societarios se encuentran excluidos del ámbito laboral, por tratarse de personas que integran el órgano de administración<sup>640</sup>.

De acuerdo con el criterio consolidado del TS, la función de administrador societario absorbe la de alta dirección. Según este criterio, para que pueda estimarse que la relación debe calificarse como especial de alta dirección es preciso que las funciones las efectúe un trabajador, circunstancia que no concurre si es realizada por un administrador societario en el desempeño de su cargo<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> BLASCO PELLICER, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, 2ª ed. (1997), p. 18; VAL TENA, *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico* (2002), p. 105.

<sup>641</sup> La sentencia que fijó el criterio fue la STS de 29/9/1988 (RJ 1988/7143).

La doctrina laboralista, sin embargo, considera que la distinción no es absoluta ni, en consecuencia, que todo miembro del órgano de administración esté impedido de ser calificado como alto directivo, ya que el art. 1.3 del RDAD, al subrayar los términos «*actividad que se limite, pura y simplemente*», «*mero desempeño del cargo de consejero*», «*y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*» está restringiendo el ámbito de la exclusión de los administradores societarios a supuestos muy determinados<sup>642</sup>. La distinción teórica, entonces, se desdibujaría, por la débil frontera entre las funciones del administrador societario y el alto directivo<sup>643</sup>, en atención a que el elemento clave en la calificación de este último es el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la sociedad, lo que implica la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la sociedad y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros<sup>644</sup>. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.2 del RDAD, que acabamos de referir, estos poderes los ejerce el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, sólo estando limitado por las instrucciones de la administración de la sociedad<sup>645</sup>.

La doctrina laboralista entiende, consecuentemente, que el legislador presupone la existencia de dos tipos de administradores societarios: los que se limitan a realizar la actividad propia de un administrador y aquellos que suman

---

<sup>642</sup> SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas* (1990), p. 30.

<sup>643</sup> GARCÍA TESTAL, «Miembros de los órganos de administración y relación laboral especial de alta dirección ¿Es posible su compatibilidad? Comentario a la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Navarra de 17 de setiembre de 2007», *AS*, BIB 2007/2784 (2007).

<sup>644</sup> LUJÁN ALCARAZ, «Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo», *AS*, 2002-V, pp. 187-197 (2002), p. 195.

<sup>645</sup> SIERRA HERRERO, *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales* (2008), pp. 110-114.

otras funciones<sup>646</sup>. Entonces, sucede que, de acuerdo con la doctrina laboral mayoritaria y a los efectos de esa disciplina, un administrador social – especialmente en el caso de consejeros delegados - que en su actividad sobrepasa las tareas inherentes a su función, se considera como un alto directivo<sup>647</sup>. Como contrapartida, un alto directivo puede llegar a ser designado administrador social, aun manteniendo su primera calidad, así como un administrador social, con posterioridad a su nombramiento, puede ser contratado como alto directivo de la sociedad<sup>648</sup>.

En lo que interesa, en especial, a este trabajo de tesis, desde la perspectiva de la doctrina mercantil, los altos ejecutivos no consejeros que han sido apoderados para funciones de gestión o dirección, son considerados, de regla, como una figura diferente a la del *administrador de hecho*<sup>649</sup>. Sin embargo, si en virtud del apoderamiento se actúa directamente, en funciones del propio administrador, sin estar limitado por los criterios e instrucciones emanados del órgano de administración, la calidad de alto directivo se desnaturaliza y se entiende que la figura que subyace es la de *administrador de hecho*<sup>650</sup>.

Por otra parte, tal como ya se dijo respecto de los directores generales, la inclusión de los apoderados generales entre los eventuales afectados por una calificación culpable, que incorpora la reforma de la Ley 38/2011, relativiza la importancia de la discusión de si los altos directivos pueden ser considerados o no

---

<sup>646</sup> MOLERO MANGLANO, *El contrato de alta dirección* (2011), p. 94; VAL TENA, op. cit., pp. 104 y ss.

<sup>647</sup> SIERRA HERRERO, *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales* (2008), pp. 148-150.

<sup>648</sup> SIERRA HERRERO, op. cit., p. 25.

<sup>649</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil de los administradores de entidades bancarias», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (2013), p. 549.

<sup>650</sup> SIERRA HERRERO, id., pp. 154-157.

como administradores de hecho. Una vez que se les confiere un apoderamiento general, quedan alcanzados por una eventual responsabilidad por el déficit concursal, a la que - si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y el concurso se declara culpable – sólo podrán eludir por las mismas causas y en las mismas condiciones que un administrador de derecho.

### *E. Jurisprudencia*

#### **1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

En su jurisprudencia de la década del noventa, el TS algunas veces atribuyó al factor la condición de administrador de hecho y otras no. Así, por ejemplo, en la STS de 26 de mayo de 1998, se confirmó la SAP de Cáceres, Sección 2, de fecha 1 marzo 1994, en la que se consideró que, pese a que uno de los demandados revestía la calidad de factor mercantil, fungía como un verdadero administrador, aunque fuere sólo de hecho, de una sociedad familiar. Entre otras pruebas, el TS tomó en consideración que este factor era quien convocaba a las juntas<sup>651</sup>.

En cambio, la STS de 8 de junio de 1999 revocó la SAP de Barcelona, que responsabilizaba por el daño provocado a la sociedad, junto con el administrador de derecho, a un socio al que co-rrespondía la mayoría del capital, apoderado por aquél. El TS manifestó que atribuirle a un apoderado la calidad de verdadero gestor de la sociedad era inconsistente frente al Derecho positivo, puesto que, legalmente, el auténtico gestor y el responsable de la marcha de la sociedad son los administradores formalmente designados. Además, expresó que, en el caso, el apoderado dependía del administrador de derecho, hasta el punto que éste revocó el poder otorgado al hacerse conflictivas las relaciones<sup>652</sup>.

---

<sup>651</sup> STS de 26/5/1998 (RJ 1998\4004).

<sup>652</sup> STS de 7/6/1999 (RJ 1999\4730).

En la jurisprudencia reciente, el TS ha mantenido el principio de no considerar como administradores de hecho a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos<sup>653</sup>. De ahí que no corresponda - según la jurisprudencia del TS - equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho<sup>654</sup>.

No obstante, se ha reconocido que el apoderamiento puede constituir una vía para ocultar la existencia de un administrador de hecho<sup>655</sup>. La jurisprudencia del TS ha considerado que el apoderamiento oculta una hipótesis de administración de hecho, en primer lugar, bajo la condición de que el apoderamiento sea *«tan amplio y bastante para ejercitar todas las facultades previstas para el órgano de administración (...) llevando a cabo en realidad todas las tareas propias del órgano de administración social»*<sup>656</sup>. La segunda condición es que se haya constatado *«un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes»*. Esto es, se designa formalmente como administradores a personas sin funciones efectivas, que delegan su facultad de administración en un apoderado, que es el verdadero, real y efectivo administrador social<sup>657</sup>.

Por otra parte, en la jurisprudencia del TS, ha flexibilizado la atribución de la condición de administrador de hecho, sobre la base de admitir que la simulación o el ocultamiento, son muy difíciles de acreditar mediante una prueba

---

<sup>653</sup> STS n° 509 de 7/6/1999 (RJ 1999\1596), ponente: MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

<sup>654</sup> SSTS n° 721 de 4/12/2012 (RJ 2013\2405), n° 240 de 14/4/2009 (RJ 2009\2897), n° 79 de 4/2/2009 (RJ 2009\1364), n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664), n° 261 de 14/3/2007 (RJ 2007\1793), n° 803 de 30/7/2001 (RJ 2001\6632) y n° 509 de 7/6/1999 (RJ 1999\1596).

<sup>655</sup> SSTS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664), de 20/2/2007 (RJ 2007\2069), n° 501 de 7/5/2007 (RJ 2007\3405) y n° 948 de 26/5/1998 (RJ 1998\4004).

<sup>656</sup> STS de 20/2/2007 (RJ 2007\2069).

<sup>657</sup> STS n° 314 de 23/3/2006 (RJ 2006\1596) ponente VILLAGÓMEZ RODIL.

plena y directa. En atención a esta complejidad, el TS ha procedido a admitir la prueba indiciaria. En este sentido, el TS ha señalado que *«para poder apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba (...) directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal más apto es la prueba indiciaria»*<sup>658</sup>.

## 2. Jurisprudencia más representativa de las Audiencias Provinciales

La Sección 8 de la AP de Valencia, en una sentencia que data del 18 de noviembre de 1999<sup>659</sup> – revocatorio, en el aspecto que aquí comentamos, de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, nº 1, de 17 de febrero de 1998 - condenó solidariamente con los administradores de derecho, a quien, bajo la apariencia de un cargo técnico, ocultaba su verdadero carácter de administrador social. En el caso, se consideró acreditado que, bajo la doble cobertura de un administrador de derecho insolvente, actuaba uno de los demandados – absuelto en primera instancia - quien no era, simplemente, uno de los encargados de gestionar la vida económica de la sociedad como apoderado de ésta sino, realmente, el administrador de hecho de la marcha societaria. Su hijo era el administrador social - extremo éste reconocido por ambos - pero no quien realmente conocía y controlaba el desenvolvimiento usual de la entidad mercantil<sup>660</sup>.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sec. 8, de Valencia de 27 de setiembre de 1999 revocó una sentencia de primera instancia que había admitido la acción social contra el administrador formalmente

---

<sup>658</sup> STS nº 91 de 24/11/2005 (RJ 2005\7856) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>659</sup> Destacado por la doctrina como el primero en contener un claro reconocimiento explícito de lo que significa el administrador fáctico en la doctrina actual (MARTORELL ZULUETA, op. cit., p. 26).

<sup>660</sup> SAP de Valencia de 18/11/1999 (AC 2352/1999).

designado, mientras que rechazaba la demanda dirigida contra el apoderado general, punto éste recurrido ante la AP de Valencia. La AP admitió el recurso, al entender que el apoderado o factor, era un auténtico administrador de hecho de la sociedad y no un mero representante voluntario de la misma<sup>661</sup>.

Las pruebas que se tomaron en consideración fueron las siguientes:

- a. el administrador, hijo del apoderado, ostentaba junto con su hermana, el cincuenta y uno por ciento del capital, sin que conste capital propio o solvencia de aquél, de lo que se deduce que el verdadero titular de la sociedad era el padre;
- b. el apoderado comparece como representante legal de la sociedad y absuelve posiciones en el seno del procedimiento, de lo que se deduce el desconocimiento de la gestión por parte del administrador de derecho;
- c. las facultades delegadas en el apoderado coinciden, por su amplia extensión, con las correspondientes al órgano de administración<sup>662</sup>.

A su vez, en SAP de La Coruña de 17 de enero de 2000 se observó que, si bien partiendo de una respuesta reduccionista se podría sostener que son únicamente administradores aquellas personas que, con nombramiento inscrito, son designados como tales por la sociedad, la realidad demuestra cómo, en numerosas ocasiones, se oculta, de forma fraudulenta o simulada, la condición real de administrador que ostenta un socio de la entidad, que de facto ejerce tan esencial función social. En esta sentencia, entonces, se le atribuyó a un apoderado general las mismas responsabilidades que a los administradores de derecho, sobre la base de las consideraciones siguientes:

---

<sup>661</sup> SAP de Valencia de 27/9/1999 (AC 2523/1999).

<sup>662</sup> JUSTE MENCÍA, «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (nota a las SSTs de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la AP de Valencia de 27 de setiembre de 1999)», *RDS*, n° 14, p. 445.

- a. que la administrada se trataba de una sociedad familiar, en la que el padre y la madre disponen del 70 % del capital y los tres hijos tienen cada uno un 10 % del capital;
- b. que el padre desempeñaba la función de administrador de la sociedad, hasta que fue sustituido por sus hijos en el consejo de administración;
- c. que simultáneamente con la designación de estos como consejeros, el padre es nombrado apoderado general de la sociedad;
- d. las facultades que se le atribuyeron por el apoderamiento son idénticas a las que en el estatuto se le reconocen a los administradores, incluyendo amplias facultades de administración y disposición.
- e. el apoderado se autoatribuyó la condición de administrador ante organismos públicos y hasta en la certificación de los acuerdos de las juntas generales ordinarias de la sociedad.

La sentencia, entonces, concluyó «... que el Sr. R.B. gestionaba y dirigía de forma real y efectiva, e incluso públicamente, atribuyéndose la condición de administrador, la sociedad (...), de la que tiene además el control social, dada su condición de accionista mayoritario, por lo que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto, en cuanto extiende a dicho socio el régimen jurídico de los administradores sociales, aunque formalmente, y sólo formalmente, no se le haya designado expresamente como tal». Luego, dictaminó que «en dicha situación permitir la elusión de su responsabilidad sería tanto como ratificar una actuación fraudulenta que el derecho no puede amparar»<sup>663</sup>.

### 3. Jurisprudencia reciente de los Juzgados en lo Mercantil

En sentencia del 17 de setiembre de 2013, BLANCO SARALEGUI, Juez de lo Mercantil de Vigo, manifiesta su opinión de que la inclusión de los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación, no ha equiparado a

---

<sup>663</sup> SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 144 de 17/1/2000 (AC 2000\304), ponente: SEOANE SPIEGELBERG.

todos ellos, sin más, a los administradores de hecho, puesto que no dejan de ser figuras esencialmente diversas. Por ello interpreta que la mención a los apoderados generales introducida por la Ley 38/2011 supone la atribución a éstos de una condición legal análoga al administrador de hecho, por vía de presunción *iuris tantum*. De ese modo, en su interpretación, se habría producido cierta inversión en las normas de la carga de la prueba. El apoderado general, entonces, tendría la carga de demostrar que, a pesar de ostentar poderes generales inscritos para realizar los actos ordinarios y extraordinarios de la actividad de la persona jurídica deudora, no ha ejercido dichas facultades o lo han sido condicionadas por las instrucciones y órdenes del administrador de derecho<sup>664</sup>.

En el caso sometido a la decisión de este magistrado, habiendo la apoderada general practicado prueba exoneradora de su categorización como administrador de hecho, se resolvió su absolución. Corresponde señalar que, en el caso, se había acreditado que la apoderada poseía prácticamente la totalidad del capital (99,85 %) y el Juez reconoce en su sentencia, expresamente, la «*indudable relevancia de las opiniones personales de ésta en la gestión*» y la composición familiar de la empresa. Esto, a su juicio, no la convierte en gestora real y efectiva de la sociedad, sustituyendo con sus decisiones a las eventualmente adoptadas por la administración de derecho.

#### ***F. Consideración crítica de la extensión de la responsabilidad por el déficit concursal a los apoderados generales***

##### **1. Doctrina contraria a la extensión de la responsabilidad incorporada por la Ley 38/2011**

Aparentemente, carece de sentido responsabilizar a los apoderados generales, quienes típicamente sólo son empleados de la sociedad y cuyo accionar se encuentra sujeto a las directivas provenientes de los administradores. Por ello, la doctrina ha llegado a considerar la extensión de la responsabilidad por el déficit

---

<sup>664</sup> SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (AC 2013\1837).

con-cursal a los apoderados generales como un error que altera el significado de la sección de calificación, con importantes consecuencias prácticas<sup>665</sup>.

Hasta la reforma introducida a la LCE en el 2011 y en el régimen todavía vigente en Uruguay, existía o existe una lógica en cuanto a la imputación de la responsabilidad por el déficit consistente en que esta apunta a quienes en último término conforman o pueden conformar la voluntad de la sociedad. Lo que identifica a estos sujetos es la integración – de hecho o de derecho – de los órganos sociales a quienes corresponde tomar decisiones que son susceptibles de determinar la generación o el agravamiento de la insolvencia. En cambio, un apoderado general, independientemente de la amplitud del poder conferido, en principio es un mero representante; no forma la voluntad de la sociedad. El apoderado, entonces, no tiene autonomía de decisión. Al menos en teoría, se limita a ejecutar las decisiones de quien le ha atribuido la representación<sup>666</sup>.

Por lo tanto, la Ley 38/2011 altera el régimen de responsabilidad en general aplicable a la representación voluntaria. La legislación española – al igual que la argentina y uruguaya – no admite que un apoderado incurra en ninguna responsabilidad exigible por terceros, salvo que oculte a éstos el carácter de representante con el que actúa (art. 284, 285 y 287 CCom español y arts. 308 y 325 CCom uruguayo<sup>667</sup>). Por otra parte, se ha señalado que la solución de la Ley

---

<sup>665</sup> Vide, por todos, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5<sup>a</sup> ed., dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2013), p. 296.

<sup>666</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 296.

<sup>667</sup> Art. 308 CCom: «El mandante responde por todos los actos del mandatario, siempre que sea dentro de los términos del mandato.

*No está obligado por lo que se ha hecho excediendo el mandato, sino en cuanto lo haya ratificado expresa o tácitamente (art. 332).»*

38/2011 es arbitraria, puesto que se limita a los casos de apoderamiento general, cuando un apoderado singular podría, también, llegar a participar en un acto que ocasione o agrave el estado de insolvencia<sup>668</sup>.

Naturalmente, la doctrina que critica la extensión de la responsabilidad por el déficit concursal que aquí analizamos no ignora que en la práctica existen supuestos de apoderados generales que no sólo actúan en nombre de la sociedad, sino que disponen de una amplia autonomía de decisión, que va más allá de su carácter de mero representante voluntario. En estos casos, sin embargo, la imputación de responsabilidad – que por cierto corresponde – no se justifica en virtud del apoderamiento general (que es una mera fachada). Éste apoderado debe ser responsabilizado a título de administrador de hecho, según ya venía sucediendo en la jurisprudencia española en forma pacífica<sup>669</sup>.

## 2. Fundamentación de la reforma

Tal como reconocen aun los críticos a la reforma incorporada por la Ley 38/2011 en el tema que estamos analizando, suele suceder que quien luce como apoderado general, utiliza el negocio de apoderamiento para ocultar su verdadera naturaleza de administrador. La extensión a ellos de la responsabilidad por el déficit concursal se justifica, entonces, en la repetida advertencia de la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto a que el ocultamiento del verdadero administrador bajo la apariencia de un apoderado general es una forma arquetípica de administración de hecho. Quien detenta el real poder de dirección de la sociedad externaliza su actuación como un apoderado general, que le garantiza una

---

Art. 325 CCom: «El mandatario que obra bajo este concepto, no es responsable a la otra parte, sino cuando se obliga expresamente a ello, o cuando traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.»

<sup>668</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 297.

<sup>669</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id. *ibid.*

capacidad de actuación prevalente y, simultáneamente, le brinda la tutela de un régimen jurídico en que, salvo excepciones, le exime de responsabilidad frente a terceros.

La doctrina italiana advierte desde hace ya tiempo, que el apoderado general suele no ser otro que el *socio tiranno*, esto es: aquel socio único o mayoritario, que utiliza la sociedad como un instrumento para eludir su responsabilidad empresarial (*società di comodo*). No es extraño que el socio tirano, sin asumir formalmente la administración de la sociedad, opta por una posición diversa a la de administrador, desde la cual ejerce la efectiva gestión y dirección de la sociedad. Los administradores de derecho, entre tanto, no objetan esta intromisión indebida en su ámbito funcional, ante la eventualidad de ver revocada su designación, pues ésta sólo depende de la voluntad del socio tirano<sup>670</sup>.

En particular, la doctrina ha destacado que los directores generales desarrollan, dentro del ámbito de su propia competencia, una actividad de administración que presenta características análogas a la que le corresponde a los administradores de derecho. En la opinión de la doctrina italiana, el desarrollo de dicha actividad es lo que constituye la condición necesaria y suficiente para la atribución de responsabilidades<sup>671</sup>.

Los arts. 223 y 224 de la LF incluyen a los directores generales - junto con los administradores, síndicos y liquidadores de la sociedad concursada - entre los sujetos pasivos de los delitos de quiebra fraudulenta y quiebra simple. Luego, de lo dispuesto en el art. 2394 del CC italiano, en relación con el art. 2396, resulta que el director general es responsable frente a los acreedores sociales, «*por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social*». Esta acción puede ser incoada cuando el patrimonio social resulta insuficiente para la satisfacción de los créditos<sup>672</sup>.

---

<sup>670</sup> BORGIOI, «Amministratori di fatto...», p. 612.

<sup>671</sup> BORGIOI, *I direttori generali...*, pp. 4 y 5.

<sup>672</sup> BORGIOI, *id.*, p. 334.

La doctrina y jurisprudencia española, por su parte, destaca la repetición de un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad, con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Es más, el apoderado general ha sido destacado por la jurisprudencia, como uno de los supuestos más clásicos de administrador de hecho que se dan en la práctica, siendo dudoso que pudiera establecerse prueba en contrario<sup>673</sup>. Por ello, en diversas sentencias se ha dictaminado la extensión de las responsabilidades propias de los administradores de derecho, a personas que se desempeñaban como factores o apoderados generales<sup>674</sup>.

A nivel doctrinal y jurisprudencial se apunta como circunstancias reveladoras de que el apoderado general es, en realidad un administrador de hecho, entre otras, la inexistencia del administrador de derecho<sup>675</sup>, el carácter familiar de la sociedad, tener el control de la sociedad por su condición de socio mayoritario, atribuirse la condición de administrador ante terceros, desconocimiento por ignorancia o desentendimiento de los asuntos sociales por parte del administrador *legal*, la amplitud del poder conferido<sup>676</sup>, la insolvencia de los administradores de derecho, poseer una participación relevante en el capital

---

<sup>673</sup> SJM 3 de Pontevedra, de 25/5/2012 (AC\2012\381).

<sup>674</sup> SSTS de 7/5/2007 (RJ 2007\3405) y de 26/5/1998 (RJ 1998\ 4004).

<sup>675</sup> En el caso que motivó la STS de 8/2/2008 (RJ 2001\6865), a partir de una acción individual de responsabilidad, se constató la actuación de la sociedad durante varios años (1993-1998), sin que se recompusiera su órgano de administración, desde el fallecimiento de su administrador de derecho. La gestión social la llevaban adelante dos apoderados generales.

<sup>676</sup> STS de 24/11/2005 (RJ 2005\7856).

social o ser el accionista mayoritaria<sup>677</sup>. Se ha calificado como administrador de hecho, también, en supuestos en que, frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas, aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social<sup>678</sup>.

### III. Cómplices

#### A. Concepto de cómplice

Los art. 166 de la LCE y 195 de la LC<sup>679</sup> definen al cómplice como aquella persona que, con dolo o con culpa grave, hubiera cooperado con el deudor o, en el caso de personas jurídicas deudoras, con los administradores o liquidadores a la realización de cualquier acto que hubiera fundado la calificación del concurso como culpable (LCE) o producido o agravado la insolvencia (LC).

#### 1. El cómplice como sujeto que ha cooperado con la realización de actos que produjeron o agravaron la insolvencia

Alguna doctrina considera que la complicidad supone una conducta activa y principal en la generación de la insolvencia o su agravamiento. El nexo causal entre la conducta cooperadora con el concursado en la generación o agravamiento de la insolvencia, según esta doctrina, debe ser directo, excluyendo posibles concausas con la situación del concursado<sup>680</sup>.

---

<sup>677</sup> LATORRE CHINER, «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS (2010), p. 2390.

<sup>678</sup> STS de 23/3/2006 (RJ 2006\1596).

<sup>679</sup> Art. 195 LC: «(Cómplices). Se consideran cómplices las personas que, con dolo o con culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, en el caso de personas jurídicas deudoras, con los administradores y liquidadores a la realización de cualquier acto que hubiera producido o agravado la insolvencia.»

<sup>680</sup> MILLER ARTOLA, «El concepto del cómplice en el concurso culpable», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial* (2013), pp. 585 y 586.

## 2. Cómplice concursal y cómplice penal

El concepto de *cómplice* utilizado en la legislación concursal no coincide, necesariamente, en cuanto a su configuración y requisitos, con la complicidad penal<sup>681</sup>. Por lo tanto, todo aquel que haya colaborado con el deudor en la conducta que haya originado la calificación del concurso como culpable, podrá ser considerado cómplice en el ámbito concursal, aunque conforme a los parámetros del Derecho penal su conducta se alejase de la estricta cooperación y fuese más cercana al encubrimiento<sup>682</sup>.

En sede penal, el cómplice realiza una colaboración no necesaria. De serlo, su participación es categorizada como de coautoría o como encubrimiento<sup>683</sup>.

## 3. Cómplice persona jurídica

En una sentencia uruguaya reciente se ha descartado la categorización de una sociedad anónima como cómplice, por entender que la LC no prevé la declaración de complicidad respecto a personas jurídicas<sup>684</sup>.

---

<sup>681</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 497; HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 299.

<sup>682</sup> CÁMARA ÁGUILA, «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2004), p. 1750; GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 497; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2008), p. 2542; GUERRERO LEBRÓN, «La sección sexta del concurso: la calificación», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, coord. ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN (2009), p. 431.

<sup>683</sup> GONZÁLEZ CABRERA, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 15 (2011), n° 15, p. 359.

<sup>684</sup> SJLC de 2° t., n° 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

Esto constituye, evidentemente, un error. El art. 195 de la LC establece que pueden ser consideradas cómplices las «*personas*». La norma no contiene ninguna limitación de la categoría de cómplice a las personas físicas y tampoco cabe interpretar la referencia genérica a «*personas*» como una alusión exclusivamente referida a las personas físicas. Donde no distingue el legislador tampoco puede distinguir el intérprete.

Además, de prosperar la interpretación que aparece en la sentencia referida, bastará recurrir a una persona jurídica para llevar a cabo la maniobra dirigida a la producción o agravación de la insolvencia, para eludir la reintegración de los bienes y derechos extraídos de la masa activa y la indemnización de los daños y perjuicios causados y, al mismo tiempo, mantener los derechos que se tuviera como acreedor concursal.

### ***B. Ejemplos de cómplices***

En la jurisprudencia uruguaya se ha atribuido la calidad de cómplice a una hermana del administrador a cuyo nombre se adquiere un valioso inmueble que constituye la sede del único establecimiento de una sociedad deudora y permitió durante años su uso gratuito por la deudora sin que medie contrato alguno que lo justifique. La cómplice figuraba en la planilla de trabajo como empleada de la concursada y no acreditó capacidad de ahorro o tener el capital necesario para comprar el inmueble. Además, reconoció expresamente en su comparecencia al incidente de calificación, que la compra la había realizado a pedido de su hermano<sup>685</sup>.

Alguna doctrina uruguaya ha llegado a sostener que los profesionales que asesoraron al deudor en la presentación del concurso, así como aquellos que son nombrados para actuar como peritos pueden, de no cumplir con la debida diligencia y pericia profesional, verse eventualmente involucrados como cómplices<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> SJLC de 2° t., n° 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>686</sup> HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal*, p. 299.

En un caso relativamente reciente de la jurisprudencia española, se categorizó como cómplice al encargado de vigilancia y promoción de ventas de una sociedad cuyo objeto era la construcción de inmuebles. Sin embargo, se probó que este sujeto determinaba los precios de los precios, controlaba a los contratistas, realizaba modificaciones sobre el proyecto, aceptaba presupuestos y, en general, había asumido la dirección efectiva de la obra. En el ejercicio de esas atribuciones habría desarrollado una desenfrenada carrera de gastos y mejora de calidades que, en parte, redundaba en su propio beneficio – puesto que tres de las viviendas debían serle entregadas en pago de sus servicios y varios de sus familiares y allegados habían comprado ya algunos pisos – generando o aumentando la situación de insolvencia de la sociedad<sup>687</sup>.

### *C. El grupo como cómplice*

En cuanto al resarcimiento patrimonial de daños causados a la concursada por el grupo, la vía de la complicidad del art. 166 de la LCE, en relación con el art. 172.3 – que equivaldrían a los arts. 195 y 201, respectivamente, de la LC – parecería idónea para re-claimar a la sociedad dominante o filial. En ningún caso, según la doctrina, esta reclamación podría extenderse al propio grupo que, por carecer de personalidad jurídica, no puede considerarse como un sujeto de derecho responsable<sup>688</sup>.

Por ello pueden ser categorizados como cómplices, tanto los administradores de derecho como de hecho de una colateral a la que se transfirió la totalidad de las mercaderías remanentes en el patrimonio de la concursada, sin percibir contraprestación alguna y a pesar de aparecer esas mercaderías declaradas en el inventario presentado por ésta al solicitar el concurso.

---

<sup>687</sup> SAP de Zarazoga, Sec. 5ª, n° 606 de 18/10/2010 (AC 2010\1798) ponente MARTÍNEZ ARESO.

<sup>688</sup> LÓPEZ APARCERO, «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADCo*, n° 26 (2012), pp. 270 y 271.

#### ***D. Consecuencias de la categorización como cómplice***

El cómplice pierde en beneficio de la masa todo derecho como acreedor concursal, tanto a cobrar su crédito en el concurso como a integrar la comisión de acreedores o votar en la junta. Los bienes que hubiere obtenido en ocasión de su acto de cooperación con el deudor deben ser devueltos a la masa activa<sup>689</sup>.

El cómplice no se encuentra incluido entre las personas afectadas por la calificación culpable, de modo que no puede ser inhabilitado para administrar o representar, ni condenado a la cobertura del déficit concursal. En cambio, sí pueden resultar condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados<sup>690</sup>.

### **IV. Socios**

#### ***A. Socios que se negaren a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles***

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que adopta medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, agregó a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el n° 4 del art. 165 de la LCE, a la lista de sujetos pasibles de ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal.

Parece claro que los socios no responden por el déficit concursal en ninguna hipótesis que exceda la establecida en la actual redacción del apartado 1 del art. 172 bis de la LCE. Esta norma es evidentemente de interpretación estricta.

---

<sup>689</sup> MILLER ARTOLA, «Consecuencias para el cómplice en el concurso culpable», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial* (2013), p. 588.

<sup>690</sup> Sobre la responsabilidad concursal por daño nos extendemos en la sexta parte de esta tesis, al analizar otras responsabilidades civiles de los administradores y su comparación con la responsabilidad por el déficit concursal.

## ***B. Socio occulto***

El socio occulto existe en aquellos casos en que quienes figuran como socios sólo lo son en el papel y en los cuales quienes realizaron los aportes constitutivos y son los verdaderos destinatarios de las ganancias, son otras personas, ocultas tras los socios aparentes por las más diversas razones. Estos casos aumentan, naturalmente, cuando las legislaciones inhiben la posibilidad de constituir sociedades con acciones al portador (caso argentino o español) o instrumentan mecanismos para identificar a los titulares de dichas acciones (caso uruguayo)<sup>691</sup>.

### **1. Concepto**

Las legislaciones societarias uruguayo y argentina contienen disposiciones que establecen la responsabilidad del socio occulto por las obligaciones sociales; sin embargo, no define lo que ha de considerarse como *socio occulto*. La legislación española no menciona al socio occulto.

#### ***a. Doctrina del empresario occulto***

Entre los autores italianos de la década del cincuenta, a pesar de no contar con disposiciones que claramente lo habilitasen, se desarrolló la doctrina en análisis, buscando justificar la extensión de la quiebra a quien se denominó como *imprenditore occulto* o *imprenditore indiretto*<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> La legislación uruguayo prevé la posibilidad de que las sociedades anónimas emitan acciones al portador (art. 304 LSC). En este caso, en las acciones no consta el nombre del accionista (art. 300). No obstante, los titulares de acciones al portador deben proporcionar a la sociedad los datos que permitan su identificación, a los efectos de que ésta comunique al Banco Central la información recibida, así como la participación que le corresponda a cada accionista en el capital integrado (Ley 18.930 de 17 de julio de 2012).

<sup>692</sup> AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, v. 1, p. 175; BIGIAMI, «Società occulta e imprenditore occulto», *Studi in onore di Enrico Redenti* (1951), v. 1, pp. 146-176. Contra PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare* (1974), t. 1, p. 110.

Entre estos autores, se destaca BIGIAMI, quien sostenía que quienes ejercen el dominio de una sociedad, al punto de hacer de ella un mero instrumento «*son soberanos calificados de la misma y deben ser considerados como empresarios ocultos o indirectos, sujetos a responsabilidad ilimitada por los actos de aquélla*»<sup>693</sup>. Según este autor, si se rasga el velo de la figura jurídica, debe admitirse que en realidad se viene a encontrar en primera línea la responsabilidad de la empresa y, además, la responsabilidad de su titular, importando poco que esté escondido<sup>694</sup>.

AZZOLINA, por su parte, afirmaba que los terceros tienen acción directa contra el empresario oculto, que debe estar también sujeto a responsabilidad en sede concursal y, por lo tanto, quebrar. Esta consecuencia la deriva de la disciplina del mandato institorio prevista en el CCI. Si dicho mandato no es exteriorizado, falta la publicidad y la relación institoria permanece oculta, la consecuencia es la indicada en el art. 2208 del CCI: el factor es personalmente responsable por las obligaciones asumidas, aunque el tercero puede accionar contra el preponente por los actos cumplidos por el factor que estén comprendidos en el giro de la empresa<sup>695</sup>.

Esta doctrina encontró inmediatos seguidores tanto en Francia como en España. En la primera, LEGAIS consideró posible extender los efectos de la quiebra de las sociedades, en todos aquellos supuestos en los que la evidencia del fraude y de la ficción descubran a la persona moral como un ente con simple *facies externa*, pero por completo supeditado a la actividad mercantil del empresario que, realmente, la domina. El autor francés cita, en su apoyo, una sentencia del Tribunal de Comercio de París de 6 de julio de 1955, que calificó a

---

<sup>693</sup> BIGIAMI, op. cit., pp. 146-176.

<sup>694</sup> BIGIAMI, id., pp. 19 y 20.

<sup>695</sup> AZZOLINA, op. cit., v. 1, pp. 175 y 176.

la compañía testafarro como *société de façade*<sup>696</sup>. Este esfuerzo de acomodación a la verdad real de las sentencias judiciales, culminó en Francia con la introducción en el texto del Decreto Ley de 20 de mayo de 1955, que se refería a las quiebras, a los arreglos judiciales y a las rehabilitaciones, de su art. 10, de un texto que dispone que «*En caso de quiebra de una Sociedad, ésta podrá ser declarada común para toda persona que, bajo la apariencia de esta Sociedad y disimulando sus actividades, haya realizado, en su interés personal, actos de comercio y haya dispuesto de hecho de los bienes sociales como si le fueran propios.*»

En cuanto a los autores españoles de la época, TORRES DE CU-RELLS consideraba que, si se demostraba la simulación en la forma externa de la empresa y la disposición por el *dominus* de los bienes que figuraban como propios del testafarro, la quiebra de ambos – como constituyendo una misma empresa – debía ser decretada. Lo importante, para esta autor, era que el realmente beneficiario y responsable hubiera realizado, aunque sea indirectamente, reiterados actos de comercio, que hubiera dispuesto de hecho de los bienes sociales como si fueran propios<sup>697</sup>.

### ***b. Doctrina del maître de l'affaire***

Los autores y la jurisprudencia belgas y franceses, a partir de los años sesenta, desarrollaron una doctrina en virtud de la cual se admite la extensión de la quiebra al administrador de una sociedad que, en la realidad, ejerce personalmente la actividad empresarial, adoptando la forma jurídica societaria

---

<sup>696</sup> LEGAIS, «Un mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés», *RTD Com.* (1957), n° 2, pp. 137 y ss.

<sup>697</sup> TORRES DE CURELLS, «La extensión de la quiebra de las sociedades», *Revista Jurídica de Cataluña* (1958), año 57, n° 1, p. 182.

con el objeto de eludir a sus acreedores o de aprovechar para su uso personal los bienes sociales o la actividad de la sociedad<sup>698</sup>.

La Corte de Casación belga se ha negado a seguir esta doctrina, ante la ausencia de una disposición legal específica que la habilite. Sólo admite la declaración de la quiebra del *maître de l'affaire* si se cumplen a su respecto los presupuestos de la quiebra: que tenga la calidad de comerciante y que haya cesado en sus pagos<sup>699</sup>. No obstante, admite que la calidad de comerciante pueda resultar no sólo del ejercicio de una actividad personal complementaria, sino de la constatación de que el *maître* considera al patrimonio social como propio y confunde su persona con la de la sociedad, de suerte que, en definitiva, es él quien realiza la actividad que formalmente se le atribuye a aquella<sup>700</sup>. Si esto sucede, se le da al *maître* la oportunidad de pagar las deudas de la sociedad y, en caso contrario, se le declara en quiebra<sup>701</sup>.

Han sido considerados como indicios que justificarían la aplicación de esta doctrina, los siguientes: que el nombre de la sociedad y el del *maître* sean utilizados indistintamente; que los órganos sociales no funcionen o funcionen únicamente *pro forma* (reunión del consejo de administración una sola vez al año, ausencia total o casi de asambleas); que el *maître* trate frente a los terceros de los negocios sociales como propios; que exista confusión entre el patrimonio social y el del *maître*<sup>702</sup>.

---

<sup>698</sup> ARTZ, «L'extension du régime judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux», *RTDC*, 1975 (1975), pp. 1 y ss.; JASSOGNE et al., *Traité pratique de droit commercial*, t. 2 (1992), p. 275; COIPEL et al., *Droit de sociétés commerciales* (1998), p. 838; MERCIER, *Lexique sociétés commerciales* (2010), p. 594.

<sup>699</sup> SCass. de 29/6/1990, *RDCB*, 1990, p. 844.

<sup>700</sup> SCass. de 11/9/1981.

<sup>701</sup> MERCIER, op. cit., p. 594.

<sup>702</sup> COIPEL et al., op. cit., p. 841; MERCIER, op. cit., p. 594.

La condición de *maître de l'affaire* ha sido atribuida, también, respecto de personas jurídicas, fundamentada en el abuso de derecho y el fraude a la Ley, en perjuicio de acreedores. Este es el caso de una sociedad que se constituye para continuar con la actividad de otra que se encuentra en estado crítico o en que se escinde una sociedad de tal manera que se le transfieren los activos valiosos a una de las sociedades que se crean, continuando con ella la actividad social. En estos casos, la jurisprudencia belga y francesa han imputado las deudas a la sociedad solvente que se constituye<sup>703</sup>.

De modo análogo, se ha propuesto la atribución de la condición de *maître* a la sociedad dominante, para hacer efectiva a su respecto la extensión de la quiebra de la sociedad dominada. Se han considerado como indicios que permitirían justificar la extensión de la quiebra, la conclusión de transacciones desventajosas para la sociedad dominada; un débil funcionamiento real de los órganos sociales (actas fictas, ausencia de discusión de los puntos del orden del día); reconocimiento de competencias casi absolutas sea de derecho o de hecho a los hombres de confianza de la sociedad dominante; ausencia de un real poder de decisión de los administradores de la sociedad dominada o una capitalización insuficiente<sup>704</sup>.

### *c. Doctrina española y argentina*

En la doctrina se define al socio oculto como aquél que ante terceros niega o esconde su participación en el contrato social, a pesar de lo cual tiene interés social y participación en los resultados<sup>705</sup>. Puede suceder que en reemplazo del

---

<sup>703</sup> MERCIER, id., p. 595.

<sup>704</sup> MERCIER, id., p. 597.

<sup>705</sup> FIGUEROLA, «Extensión de la quiebra, diversos supuestos en relación al art. 160 LCyQ», *Tratado de Derecho Comercial*, t. 12: *Concursos y quiebras*, dir. MARTORELL, coord. del tomo ESPARZA (2010), pp. 743 y 744; ROUILLON, *Reformas al régimen de los concursos: comentario a la Ley 22.917* (1986), p. 210.

socio oculto se haga aparecer un testaferro o una persona imaginaria (socio aparente) o que se simule una relación diferente con la sociedad<sup>706</sup>.

La doctrina española y argentina se ha encargado de definir al *socio oculto* sobre la base de los siguientes elementos:

- no figura en el contrato constitutivo de la sociedad, ni en sus modificaciones posteriores, ni en los títulos representativos de participaciones sociales<sup>707</sup>;
- su calidad de socio no es ostensible ni inmediatamente perceptible por quien se relaciona con la sociedad, puesto que actúa por interpuesta persona y niega ante terceros su condición de socio<sup>708</sup>.
- sea directamente o a través de prestanombres, ha hecho aportes para la formación del capital o adquirido una participación social con posterioridad, o goza de los beneficios de socio y, eventualmente, hasta participa de las pérdidas<sup>709</sup>.

De esta manera, el socio oculto pretende evitar cualquier responsabilidad personal por obligaciones sociales, no asumiendo, entonces, el riesgo propio de la actividad empresarial<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> OTAEGUI, *La extensión de la quiebra* (1998), p. 83; ROUILLON, id., p. 210.

<sup>707</sup> MORO, *Ley de Concursos...*, t. 3 (2005), p. 1891; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *La responsabilidad del socio colectivo* (1993), p. 55.

<sup>708</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho Societario...*, t. 5 (1997), p. 800; HALPERÍN y BUTTY, *Curso de derecho comercial*, v. 1, 4<sup>a</sup> ed. (2000), p. 360; MORO, op. cit., p. 1891.

<sup>709</sup> FAVIER DUBOIS y FAVIER DUBOIS, *La actuación de 'testaferros' en el Derecho societario. El socio aparente y el socio oculto*, p. 6, <http://www.favierduboisspagnolo.com>; MORO, op. cit., p. 1891; NISSEN, *Ley de sociedades comerciales*, t. 1 (2010), p. 164; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, op. cit., p. 55; ZALDÍVAR, MANÓVIL, et al., *Cuadernos de Derecho Societario*, v. 1 (1980), p. 194.

<sup>710</sup> GRISPO, *El socio «aparente» y el socio «oculto» en la Ley de Sociedades Comerciales*, <http://www.abogados.com.ar>, descargado el 22 de setiembre de 2013; ROITMAN, *Ley de*

En opinión de la doctrina, el hecho de que el nombre del socio no aparezca en el contrato o no esté registrado, no debe por sí mismo considerarse como configurativo de la situación de socio oculto, si por otros medios se hace saber a los interesados posibles que el socio es efectivamente tal. Pero si a la no utilización de los mecanismos normales de publicidad del estado de socio se suma la omisión de toda revelación a los posibles interesados de la condición de socio de quien efectivamente es tal, estaremos ante un socio oculto. No será preciso, a tal fin, que se adopten maquinaciones complejas destinadas a reservar la verdadera situación del socio, el simple silencio puede ser perfectamente apto para ocultar el verdadero estado de socio<sup>711</sup>.

## 2. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha considerado como socio oculto aquel que, a pesar de haber realizado aportes, con la finalidad de participar en las ganancias que se obtengan del ejercicio de una determinada actividad, su nombre no figura en el contrato social, ni en registro alguno cuando debiera hacerlo<sup>712</sup>, porque ha intervenido en la creación del ente como socio y tiene interés social (participar en las ganancias y soportar las pérdidas)<sup>713</sup>. A esta configuración básica la doctrina agrega que el socio oculto es aquel que niega dicho estado frente a terceros, pese a tomar activamente parte – directamente o a través de testaferros – en las decisiones que rigen los destinos del ente<sup>714</sup>. Tal situación anómala justifica, al

---

*Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, t. 1 (2006), p. 275; ROUILLON, *Código de Comercio*, t. 3, p. 88.

<sup>711</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., p. 801.

<sup>712</sup> En la Argentina, el registro lo lleva la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJ). En Uruguay lo lleva el BCU.

<sup>713</sup> SCNCom, Sala A, de 30/8/2007 «Adsur S.A. c/Sant Luis s/ordinario».

En esta sentencia no le reconoció, en el caso, la calidad de socio oculto al demandado, puesto que sólo se acreditó haber efectuado algunas gestiones, que no pasaban de actos aislados.

<sup>714</sup> SCNCom, Sala A, de 28/12/2009, «Nefros SA s/Quiebra c/ Tanus, Roberto s/Ordinario».

entender de la jurisprudencia, que la Ley, a modo de sanción, imponga a socio que actúe en forma oculta, una responsabilidad ilimitada y solidaria, dado que no puede resultar beneficiado quien no asume los riesgos del negocio al participar en él en forma clandestina<sup>715</sup>.

Del mismo modo, en otra sentencia se consideró que era socio oculto, el socio gerente que se desvinculó de una sociedad de responsabilidad limitada incorporando administradores sin residencia en el país pero que seguía actuando por la sociedad<sup>716</sup>, sosteniéndose que tal actuación hace presumir su participación en los beneficios y en las pérdidas<sup>717</sup>. En el caso, de las declaraciones vertidas por los socios aparentes y administradores de derecho, en un expediente penal, surge que recibían órdenes del socio oculto, a quien consideraban *dueño* de la sociedad. Éste era quien decidía sobre el destino de los fondos<sup>718</sup>.

En la jurisprudencia argentina se consideró, también, como socio oculto a quien luego de constituir una sociedad anónima para desviar la clientela de una sociedad de responsabilidad limitada de la que era socio, aparentó apartarse de la nueva sociedad para evitar ser calificado como en competencia desleal<sup>719</sup>. También, con base en el concepto de *socio oculto*, la jurisprudencia rechazó la devolución de un aporte hecho a cuenta de un aumento de capital que nunca fue

---

<sup>715</sup> SCNCom, Sala A, de 26/12/1997, «Alvear SRL s/quiebra s/ § de extensión de quiebra» (LL 1999-F, 749, ED, 22/2/1999, 181-319).

<sup>716</sup> Uno de los fundamentos por los cuales la IGJ rechaza la inscripción de poderes generales para administrar los negocios de una sociedad consiste en que estos constituyen un instrumento por el cual el socio oculto se inviste de representación sin asumir las responsabilidades como socio. En esa línea, el art. 57 de la RG 7/05 dispone que la IGJ objetará la inscripción de cláusulas que prevean el otorgamiento de poderes generales de administración y disposición de bienes sociales (FAVIER DUBOIS y FAVIER DUBOIS, op. cit., p. 9).

<sup>717</sup> SCNCom, Sala A, 26/12/1997, «Alvear 1850 SRL s/quiebra s/ § de extensión de quiebra».

<sup>718</sup> SCNCom, Sala A, del 26/12/1997, citada.

<sup>719</sup> SCNCom, Sala A, «Mayéutica SRL c/Entrepreneur S.A. s/ sumario».

formalmente aceptado por la sociedad, ni aumentado el capital ni inscrito el aumento, por parte de un tercero que, luego de tal aportación, se desempeñó efectivamente como socio<sup>720</sup>.

Sin embargo, en otro pronunciamiento se rechazó la pretensión del actor de ser tenido por socio oculto de una sociedad constituida por el demandado, a quien le exigía el cumplimiento de un convenio preliminar para la explotación de cierto negocio, con fundamento en el vencimiento del plazo para firmar el acuerdo definitivo y en la falta de emplazamiento de la sociedad en el juicio<sup>721</sup>.

### 3. Distinción de figuras afines

#### *a. Socio accidental o en participación*

La LSC prevé la existencia de sociedades *accidentales* o *en participación*, como un tipo social diferenciado. Se las designa tradicionalmente con dos nombres distintos pero se trata de un solo tipo social con reglamentación única<sup>722</sup>. El nombre *accidental* se le da porque se constituye para negocios comerciales determinados y transitorios (arts. 483 LSC).

El art. 483 establece que «*Los contratos entre dos o más personas cuyo objeto sea la realización de negocios determinados y transitorios a cumplirse a nombre de uno o más gestores, serán considerados como sociedades accidentales o en participación. No tendrán personería jurídica y carecerán de denominación. No estarán sujetas a requisitos de forma ni a inscripción (artículos 6 y 7). La celebración y el contenido del contrato se probará por los medios de prueba del derecho comercial.*»

Elementos tipificantes:

---

<sup>720</sup> SCNCom, Sala E, de 30/3/2003, «Granara, Juan Carlos c/Rodríguez Alvarez, Emilio s/ordinario».

<sup>721</sup> SCNCom, Sala A, «Revoredo, Pedro Aníbal c/ Molinero, Carlos Danilo s/ordinario».

<sup>722</sup> Estaban ya reguladas en el CCom bajo esas mismas designaciones.

- Las sociedades accidentales o en participación, se constituyen para negocios determinados y transitorios. Este elemento es el propiamente definidor del tipo. Estas sociedades no se crean para explotar un giro o desarrollar una actividad empresarial continuada.
- El otro rasgo es la presencia de uno o más gestores. Los gestores celebrarán los actos necesarios para cumplir el objeto a nombre personal, esto es, sin invocar la existencia de la sociedad.
- Por no tener personalidad no se crea un centro de imputación diferenciado al cual se atribuyan los actos y negocios que celebre el socio gestor. Quien adquiere derechos y asume obligaciones en las relaciones con los terceros es el gestor con las salvedades analizadas en el párrafo precedente y sin perjuicio de que deba rendir cuentas a sus consocios (arts. 484 LSC).

Como consecuencia de la actuación a nombre propio, los actos del gestor lo vinculan sólo a él. El socio gestor asume, frente a terceros, responsabilidad personal e ilimitada por las obligaciones que contraiga en su actuación (arts. 484 LSC). No obstante, aun cuando actúa a nombre propio, el gestor lo hace por cuenta de la sociedad, debiendo distribuir los resultados de su actividad entre los socios.

No es de la esencia de este tipo social, que el gestor oculte los nombres de los socios; podemos decir que ordinariamente ha de actuar de esa forma. Puede suceder que el gestor haga conocer los nombres de los socios y si lo hace con el consentimiento de ellos, todos quedan obligados solidariamente hacia los terceros con quienes se haya contratado (arts. 486 LSC). Por ello, la sociedad accidental no es necesariamente una sociedad oculta.

Ahora bien, el régimen previsto en nuestra legislación, para responsabilizar al socio oculto, no es aplicable al supuesto de sociedad interna sin actividad social externa, sino el de una sociedad aparente en que uno de los socios no aparece entre sus integrantes.

El carácter oculto de la sociedad y la actuación personal del gestor, en la sociedad accidental o en participación, no implica secreto o clandestinidad, sino carencia de exteriorización frente a terceros.

### ***b. Socio del socio***

El art. 55 de la LSC alude a la figura del *socio del socio*, a cuyo respecto dispone la aplicación de las reglas sobre las sociedades accidentales o en participación. Por eso, en la legislación uruguaya la responsabilidad frente a terceros recae exclusivamente en el socio gestor, con la sola excepción del caso en que el socio partícipe consienta que se haga saber su nombre.

En este caso, quien aparece formalmente como socio no es aparente sino real y se limita a dar una participación interna a un tercero sin dejar de ejercer sus derechos como socio<sup>723</sup>. El socio del socio carece de la calidad de socio y de toda acción social.

Solamente en el supuesto de que se hubiera cedido al socio del socio el 100 % de la participación, si esa cesión no se hiciera ostensible, pasaríamos a la hipótesis de socio oculto, en tanto el cedente carecería de todo interés propio como socio<sup>724</sup>.

### ***c. Socio aparente***

La LSC define al *socio aparente* como aquél que presta su nombre como socio o el que sin ser socio tolera que su nombre sea incluido en la denominación social (art. 53 LSC). No será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no participación en las ganancias de la sociedad, pero con relación a los terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra la sociedad o los socios para ser resarcido de lo que haya pagado (art. 53 LSC).

---

<sup>723</sup> FAVIER DUBOIS y FAVIER DUBOIS, op. cit., p. 6.

<sup>724</sup> FAVIER DUBOIS y FAVIER DUBOIS, id. ibid.

Entre socio oculto y socio aparente existen las acciones que derivan del mandato, sea para el cobro de la retribución y el reembolso de gastos y daños por parte del socio aparente como mandatario oculto contra su mandante, o sea por rendición de cuentas y entrega de lo adquirido por el mandatario a exigir por el socio oculto<sup>725</sup>.

**d. Reputed ownership**

La legislación de quiebras inglesa de 1914 (*Bankruptcy Act*), en la sec. 38, lit. c, disponía que integraban la masa activa fallimentar, «*todos aquellos bienes que estuviesen, al momento de la declaración de quiebra, en posesión, a la orden o a disposición del fallido, en su comercio o establecimiento, en virtud del consentimiento o la autorización del verdadero propietario, bajo circunstancias tales que aquél pudiera ser reputado propietario*»<sup>726</sup>. Con esta regla, conocida como *reputed ownership*, se pretendía evitar que aquel que aparenta ser digno de crédito, exhibiendo en su propio establecimiento, bienes que no son suyos, pueda luego sustraer a sus acreedores, esos bienes con que contaban como garantía de sus créditos.

Tal como advierte BIGIAMI, la regla referida se aplica cuando Tizio compromete bienes propios en la sociedad cuyo único socio es Caio. La situación del socio oculto es diferente, puesto que si existieren bienes de éste bajo la posesión o disposición de la sociedad, es porque han constituido su aporte. La sociedad es, entonces, la *true owner* del bien en cuestión, siendo innecesario recurrir a la regla de la *reputed ownership*<sup>727</sup>.

---

<sup>725</sup> FAVIER DUBOIS y FAVIER DUBOIS, id., p. 15.

<sup>726</sup> «(...) *all goods being, at the commencement of the bankruptcy, in the possession, order or disposition of the bankrupt, in his trade or business, by the consent and the permission of the true owner, under such circumstances, that he is the reputed owner thereof* (...)»

<sup>727</sup> BIGIAMI, *L'imprenditore occulto* (1965), pp. 139 y 140.

#### 4. Prueba de la calidad de socio oculto

La prueba de la relación social oculta puede ser histórica o crítica. Se denomina prueba histórica a la que se basa en la documentación a que pueda acceder el administrador concursal, que contenga el registro del reparto de utilidades al socio oculto, de su asunción de pérdidas de la sociedad o su consentimiento para la realización de la actividad social<sup>728</sup>. La prueba crítica se sustenta en presunciones. Así, por ejemplo, si falta entre las partes un vínculo jurídico que justifique el título de una contribución a la sociedad, se presume que dicha contribución se realizó en calidad de aporte y, consecuentemente, se presume la calidad de socio oculto<sup>729</sup>.

Se ha considerado, asimismo, como presunción de la calidad de socio, el cumplimiento de actos de gestión en nombre de la sociedad, que revelan un poder decisorio en cabeza del socio oculto<sup>730</sup>. Así, por ejemplo, en un caso dilucidado ante los tribunales italianos, el marido no sólo daba sostén financiero a la empresa de su esposa, sino que intervenía personalmente en las tratativas y en la estipulación de los contratos con los proveedores de la empresa<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> GALGANO, «Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale», *Contratto e impresa*, n° 3, año 3 (1987), pp. 710-711.

<sup>729</sup> Esta presunción ha sido aplicada por la jurisprudencia italiana, aun en el caso de la existencia de un vínculo conyugal: «... essendo assurdo pensare che il vincolo familiare e l'affetto che ne deriva possano spingere fino al punto di esporre tutto il proprio patrimonio nell'alea derivante dalla garanzia di tutte le operazioni finanziarie necessarie all'andamento di una impresa (così, traendone l'illazione che chiò impone di affermare la sussistenza dell'affectio societatis.» (SAF, de 3/4/970, *Diritto fallimentare*, 1970, II, p. 840).

<sup>730</sup> GALGANO, id., p. 714.

<sup>731</sup> SCassaz., 28/9/973, in: *Giur. Comm.*, 1974, II, p. 335.

## 5. El socio oculto en la legislación uruguaya

### *a. Legislación societaria*

El art. 54 de la LSC, contiene una norma que establece la responsabilidad del socio oculto por las obligaciones sociales: «*El socio oculto será responsable de las obligaciones sociales en forma ilimitada y solidaria con la sociedad sin poder invocar el beneficio de excusión.*»

Bajo esa norma, se admite que pueden configurarse hipótesis diversas de socio oculto.

En una primera hipótesis, dos o más personas contratan sociedad pero no registran el contrato ni la hacen conocer a terceros. En esta hipótesis hay una sociedad oculta y socios ocultos.

En una segunda hipótesis, una persona realiza aportes de diversa naturaleza a una sociedad, con la finalidad de participar en las ganancias que de su actividad se deriven, pero sin figurar en el contrato social como socio, ni tener acciones de esa sociedad, ni trascender frente a terceros su participación.

### *b. Legislación bursátil*

Según ya se mencionó al analizar la posibilidad de que el art. 82, § 3, de la LMV contuviera una referencia al administrador de hecho, podría considerarse que, también, esta norma se estuviera refiriendo al socio oculto. En efecto, en la disposición mencionada se describe al sujeto de su regulación sobre la base constituir personas físicas o jurídicas «*beneficiarias reales de parte del patrimonio social*»<sup>732</sup>.

La expresión «*beneficiarias reales de parte del patrimonio social*» presenta dos cuestiones interpretativas a dilucidar. Por un lado, la referencia a «*beneficiarias reales*» parece implicar, por contraposición, la existencia de

---

<sup>732</sup> Literalmente, el § 3 del art. 82 de la LMV se refiere a «*personas físicas o jurídicas beneficiarias reales de parte del patrimonio social bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar los directores*».

beneficiarias aparentes. Esto lleva a pensar que la disposición se está refiriendo a la distinción que la legislación societaria uruguaya realiza entre socio oculto y socio aparente. En esa medida, no sería más que una concreción de la responsabilidad que la LSC atribuye al socio oculto por las obligaciones sociales.

La otra cuestión interpretativa a dilucidar, tiene que ver con la referencia a que las personas que la norma describe serían beneficiarias «*de parte del patrimonio social*». Evidentemente, no es lo mismo ser beneficiaria de parte de las ganancias que produzca la actividad social, que ser beneficiaria de una parte del patrimonio<sup>733</sup>. Soslayando la imprecisión técnica de la norma, creemos que implícitamente alude a la existencia de una suerte de confusión patrimonial entre la sociedad y la persona a quien se refiere la norma. Éste podría ser el caso de la utilización de esta forma societaria a los solos efectos de limitar la responsabilidad de quienes serían, en realidad, los verdaderos titulares del patrimonio social, lo cual, de verificarse las condiciones exigidas por la legislación societaria, podría dar lugar a la desconsideración de la personalidad jurídica.

En definitiva, la LMVE pareciera asumir que, más allá de quien sea aparentemente el beneficiario de las ganancias o el titular formal del patrimonio social, así como de quien sea el administrador de derecho, la responsabilidad que normalmente corresponde a estos últimos, recaerá sobre el verdadero socio (eventualmente oculto) o verdadero titular del patrimonio social, que posea la administración de hecho de la sociedad. De esta forma – particularmente interesante para nuestra tesis – la LMVE asimila el socio oculto al administrador de hecho o, más bien, asume que quien actúa como administrador oculto o

---

<sup>733</sup> El patrimonio, jurídicamente, está compuesto tanto por los bienes como por las obligaciones de un sujeto. Es claro que no tiene sentido decir que alguien pueda ser *beneficiario de obligaciones*. Suponemos, entonces, que la LMVE utilizó la palabra patrimonio como sinónimo de activos o, tal vez, como patrimonio neto.

indirecto suele ser, al mismo tiempo, un socio oculto o verdadero titular de la empresa.

## 6. El socio oculto en la legislación argentina

En el art. 34 de la LSCA se establece la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio oculto, como si integrara una sociedad colectiva<sup>734</sup>.

La doctrina observa que dado que por definición los terceros desconocen la existencia del socio oculto, su responsabilidad patrimonial no puede haber sido el motivo determinante de la concesión del crédito. Sin embargo, se le atribuye responsabilidad en tanto es natural que responda por las pérdidas si embolsa las ganancias<sup>735</sup>.

Por otro lado, el socio oculto conoce o debe conocer los alcances de sus actos y sabe que si interviene en una sociedad con tal carácter, desde ese mismo momento se expone a las consecuencias de las normas que prevén su conducta: el art. 34, § 2 de la LSCA y el art. 160 de la Ley 24.522, de 20 de julio de 1995, de Concursos y Quiebras (LCA)<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> Art. 34, § 2, LSCA: «La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el artículo 125.»

El art. 125, a su vez, dispone: «Los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales.

*El pacto en contrario no es oponible a terceros.»*

<sup>735</sup> FIGUEROLA, «Extensión de la quiebra, diversos supuestos en relación al art. 160 LCyQ», *Tratado de Derecho Comercial*, t. 12: *Concursos y quiebras*, dir. MARTORELL (2010), p. 746.

<sup>736</sup> El art. 160 de la LCA dispone: «Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.

*Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.»*

Las disposiciones referidas no se consideran aplicables a los socios no gestores de las sociedades accidentales o en participación, ni tampoco a los socios de sociedades no constituidas regularmente<sup>737</sup>. Respecto a este último caso, se entiende que la situación del socio oculto no puede ser mejor que la de los verdaderos socios, que carecen del beneficio de excusión (art. 23 LSCA)<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1 (1982), p. 165.

<sup>738</sup> Art. 23, § 1, LSCA: «*Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.*»

## SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL

Sobre los administradores sociales recaen diversas modalidades de responsabilidad directa o indirectamente relacionadas con la materia concursal: responsabilidad por los daños causados a la sociedad, sea por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos, o por el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo<sup>739</sup>; responsabilidad penal por las actuaciones que pudieran ser constitutivas de delito<sup>740</sup> o en caso de fraude concursal (art. 248 LC)<sup>741</sup>; y responsabilidad por el déficit concursal<sup>742</sup>.

---

<sup>739</sup> Arts. 236 y ss. de la LSCE. En sentido similar disponen los arts. 83 y 391 de la LSC.

<sup>740</sup> Ya en 1926, la *United Kingdom Company Law* estableció una acción especial que podía ser incoada en el curso del proceso liquidatorio de una sociedad insolvente, contra *cualquiera* que hubiera conducido los negocios sociales con la intención de defraudar a los acreedores de la sociedad o a los acreedores de cualquier otra persona o con cualquier propósito fraudulento (*fraudulent trading*) (RAJAK, «Corporate insolvency law in the United Kingdom...», pp. 804 y 806). La acción prevista en la *United Kingdom Company Law* de 1926, se encontraba tipificada en la sección 213 de la CA 1985 y, actualmente, aparecen en la sección 993 de la CA 2006. Acreditado el *fraudulent trading*, los tribunales están habilitados para procesar y condenar a los *de facto directors* (aunque no a los *shadow directors*) con penas de prisión de hasta diez años o multa (o ambas penas simultáneamente). La sección 993, concretamente, se re-fiere a «*every person who is knowingly a party to the carrying on of the business*» (RAJAK, «Corporate insolvency law in the United Kingdom...», pp. 804 y 806). En la práctica, la aplicación de esta sección se restringía a circunstancias en que se hubiere acreditado una real deshonestidad por parte del administrador de hecho, y no por imprudencia o incompetencia. No obstante, existieron algunos procesos exitosos fundados en esta acción: *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.* (Ch, 1979, p. 262), *Re L. Todd (Swanscombe) Ltd.* (BCC, 1990, p. 125; BCLC, 1990, p. 454) y *Re A. Company* (BCC, 1990, p. 526; BCLC, 1991, p. 197).

<sup>741</sup> En el Derecho inglés se prevé la aplicación de multas a los administradores para el caso de omisión del deber de convocar a la junta general motivado en la existencia de pérdidas patrimoniales graves (sec. 142 (2), 739 (1) Companies Act 1985). En Alemania el § 401 (1) *Aktiengesetz* (1967) sanciona esa misma omisión con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. En el Derecho francés, el art. 459 de la Ley de sociedades comerciales, sanciona la omisión con pena de cárcel de hasta seis meses o multa.

La función que cumple la atribución de responsabilidad difiere en cada una de las hipótesis mencionadas, así como difiere el fundamento sobre el que reposan los diversos regímenes establecidos para cada una de ellas. No obstante, en términos generales, la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor, que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora, en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal, los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos, sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción<sup>743</sup>.

El calificativo *concursal*, aplicado a la responsabilidad de los administradores, está referido a toda responsabilidad regulada en la legislación concursal, por lo que, entonces, incluye tanto a la estrictamente indemnizatoria (arts. 172.2-3° LCE, 201-4°, LC y 173 LCA), como a la responsabilidad por el importe total o parcial de los créditos insatisfechos en la liquidación (art. 172 bis LCE y art. 201, § 2, LC). En esta tesis, en general, lo utilizamos sólo en el

---

<sup>742</sup> Arts. 172.3 LCE y 201 LC. QUINTANA CARLO, «El estatuto de los administradores de una sociedad durante el concurso», *Las claves de la Ley Concursal* (2005), pp. 504 y 541.

<sup>743</sup> BENAVIDES VELASCO y GUERRERO PALOMARES, «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *RDCP*, n° 13 (2010), p. 176. Contra: CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, a quienes no les parece justificado sancionar a los administradores de la persona jurídica concursada con la obligación de pagar el importe de los créditos no satisfechos con la liquidación concursal. Al opinar respecto a las soluciones propuestas en el ALC, dicen los referidos autores que no alcanzan a comprender por qué la conducta culpable o fraudulenta puede servir para extender la responsabilidad de la sociedad a sus administradores y que, en el orden práctico, este tipo de medida tiene el efecto de disuadir a los acreedores de aceptar la propuesta de convenio, a fin de provocar la liquidación y, con ella, la responsabilidad de los administradores si el concurso se declara culpable (CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal* [2001], pp. 127 y 128).

segundo de los sentidos, esto es, para calificar a la responsabilidad que surge en el seno del concurso y que tiene como consecuencia la atribución a los administradores, de hecho o de derecho, de una obligación al pago, total o parcial, del déficit concursal de la sociedad<sup>744</sup>, sin perjuicio del análisis específico que realizaremos de la responsabilidad concursal por daño, al exponer respecto de otros regímenes de responsabilidad civil que afectan a los administradores sociales.

Preferiblemente, no obstante, utilizaremos la expresión *responsabilidad por el déficit*, para referirnos a la responsabilidad que surge en el seno del concurso y que tiene como consecuencia la condena al pago, total o parcial, del déficit concursal de la sociedad<sup>745</sup> (arts. 172 bis LCE y 201, § 2, LC)<sup>746</sup>.

No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal.

---

<sup>744</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 39 y 40.

<sup>745</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), p. 1433; ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal...», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), p. 310; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency*, p. 2; VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 39 y 40.

<sup>746</sup> La fuente de estas disposiciones se encuentra en el art. 171.3 del ALC de 2001. El art. 201 de la LC – inspirado en lo que se convirtiera en el art. 172.3 de la LCE - dispone que si se ha abierto el incidente de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia puede condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. Recordamos que los autores del anteproyecto de la Ley Concursal uruguaya se inspiraron en la PALC redactada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO que, a su vez, fuera uno de las fuentes de la actual Ley española.

### *Capítulo Primero: Fundamento de la responsabilidad por el déficit*

En sus orígenes, el fallido fue tratado como un criminal, puesto que la quiebra estaba asociada a la defraudación. Sólo al admitirse la idea de que no todos los fallidos eran defraudadores, se hizo posible que el Derecho concursal se ocupase, también, de la tutela del interés del deudor<sup>747</sup>. Los comentaristas de la legislación concursal vigente en España y Uruguay coinciden en destacar el cambio respecto a la consideración tradicional de la insolvencia como una situación intrínsecamente ilícita (quiebra-delito), para entenderla como un resultado no sólo posible, sino también lícito (quiebra-remedio)<sup>748</sup>.

No obstante, el legislador no olvidó que el estado de insolvencia puede tener su origen o haber sido agravado por una conducta del propio deudor, que pudiera ser merecedora del correspondiente reproche jurídico. Por ello, dentro del procedimiento concursal se prevé una sección dirigida a la calificación del concurso. En el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las conductas ha de referirse a la actuación de los administradores o, en su caso, liquidadores, tanto de derecho como de hecho. En particular, la reforma de la LCE actuada a través de la Ley 38/2011 ha ampliado este enjuiciamiento a los apoderados generales, según se analizará<sup>749</sup>.

---

<sup>747</sup> Sobre finales del siglo XIX y durante la primera mitad del XX, se dictan leyes concursales no orientadas a la liquidación sino a la prevención de la quiebra, cuyo objeto principal fue diferir la exigibilidad de las deudas o su condonación parcial. Esas nuevas soluciones legales estaban reservadas a deudores de buena fe (LYON-CAEN y RENAULT, *Manuel de Droit Commercial*, 5<sup>a</sup> ed. [1928], p. 996; ROUILLON, «Prólogo», in: GEBHARDT, *Prevención de la insolvencia* [2009], pp. IX y X).

<sup>748</sup> Vide, por todos, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 295.

<sup>749</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id., pp. 295 y 296.

Con este tipo de previsiones viene a permitirse que los acreedores concursales logren el cobro de sus créditos con una responsabilidad que recaea sobre el patrimonio de sujetos cuyo patrimonio, en principio, no constituía garantía alguna en favor de la concursada<sup>750</sup>. Ello hace indispensable el análisis de los fundamentos por los cuales se ha entendido necesario habilitar la posibilidad de que el juez condene a administradores y liquidadores, aun de hecho, así como a los apoderados generales, al pago del déficit concursal, sea que se entienda que esa condena cumpla una función indemnizatoria, sancionadora o de garantía.

## **I. Intereses tutelados**

### ***A. Tutela de intereses individuales y generales***

En particular, en lo que respecta al objeto de este estudio, debemos destacar que en la regulación legal de la calificación del concurso se conjuga la protección de los intereses individuales de los acreedores con la tutela del interés general, para lo cual aparece como indispensable la previsión de una eventual responsabilidad de los administradores, liquidadores y apoderados generales, por el déficit concursal.

### ***B. Tutela de los acreedores***

En términos generales, los procedimientos concursales tienen como función primordial la satisfacción de los acreedores<sup>751</sup>. En particular, la responsabilidad por el déficit concursal permite que los acreedores concursales puedan obtener el pago del déficit concursal por parte de quienes no son más que terceros - cuyo patrimonio personal no constituiría, en principio, garantía alguna en favor de la

---

<sup>750</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 69.

<sup>751</sup> URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN SÁNCHEZ, «Quiebra y suspensión de pagos», *Curso de Derecho mercantil*, t. 1 (2001), p. 875.

persona concursada<sup>752</sup>. Esto viabiliza la satisfacción de los acreedores, en general, considerada como la «*finalidad esencial del concurso*»<sup>753</sup>.

En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala – aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas – que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no puede continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla. De lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos<sup>754</sup>.

El Informe recomienda la introducción de una norma marco europea sobre responsabilidad de los administradores por «*mala gestión*», con la finalidad de proteger a los acreedores (lo que supone aumentaría su confianza y voluntad de

---

<sup>752</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores», *AC* (2003) n° 3, pp. 2185-2204; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, p. 304.

<sup>753</sup> Apartado II de la exposición de motivos de la LC.

<sup>754</sup> El llamado «*Informe Winter*» es el resultado del trabajo realizado por el «*Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades*», presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulados de las sociedades cotizadas. Vide: POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, p. 389; VERDÚ CAÑETE, *op. cit.*, p. 35.

negociar con sociedades) y alcanzar un nivel equivalente de protección para los acreedores de sociedades en toda Europa<sup>755</sup>.

### *C. Tutela del interés público y del interés general*

La incursión culpable en un proceso concursal afecta negativamente al interés general en la continuidad de las empresas, en el mantenimiento de los puestos de trabajo y, en general, a la seguridad del tráfico y al orden de la economía nacional. En opinión de la doctrina, ello justifica la procedencia de la configuración legal de una sección concursal dirigida al enjuiciamiento de la conducta del deudor en relación con el estado de insolvencia, que tenga por finalidad la atribución de responsabilidades y, en su caso, la imposición de sanciones, como la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona (art. 172.2.2º) o la prohibición para ejercer el comercio (disp. final 2ª)<sup>756</sup>.

De la tutela de los intereses de los acreedores resulta, indirectamente, una protección de los intereses generales, a través de la aplicación de un régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables que alcance a los administradores de hecho. En particular, la responsabilidad concursal de los administradores sociales, prevista en el art. 172.3 de la LCE, persigue reprimir conductas que el legislador ha considerado

---

<sup>755</sup> GARRIDO, «El Informe Winter y el gobierno societario en Europa», *RDS*, nº 20 (2003), pp. 129 y 130, GUERRA MARTÍN, «Capítulo II (Gobierno Societario) del Informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades sobre un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa (Informe Winter), Bruselas, 4 de noviembre de 2002», *RDS*, nº 20 (2003), pp. 287 y 288.

En una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga se reconoce expresamente que el procedimiento de calificación tutela tanto intereses públicos y generales, como particulares. Según este tribunal, los intereses públicos se satisfacen con la calificación y la inhabilitación (SJM nº 1 de Málaga, de 13/2/2009, AC 2009\736).

<sup>756</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 92 y 93.

especialmente graves, en base a la introducción de pautas éticas consideradas imprescindibles para el tráfico económico<sup>757</sup>.

## II. Distribución del riesgo de insolvencia

La insolvencia es un riesgo que las legislaciones concursales distribuyen, imputan o hacen soportar por un lado a los acreedores<sup>758</sup>, por otro, si la concursada fuere una persona jurídica, a los socios – mediante la extensión de la quiebra, en aquellas legislaciones que la admiten – y eventualmente, también, a los administradores, liquidadores o apoderados de la concursada.

### *A. Imputación del daño producido por la insolvencia y pars conditio creditorum*

El principio de la *pars conditio creditorum* es el criterio tradicional para la distribución del riesgo de la insolvencia en situación concursal. Este principio ha sido limitado o sacrificado, a pesar de la llamada *poda de privilegios* que se ha intentado tanto en la LCE como en la LC, con excepciones tan importantes que, según se ha expresado, tiene hoy más de mito que de realidad<sup>759</sup>.

### *B. La responsabilidad por el déficit concursal como sistema para la atribución de costes*

La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia. Aunque la insolvencia del deudor es uno de los riesgos previsibles para quienes participan en el tráfico económico, se considera que en los casos agravados de concursos en fase de

---

<sup>757</sup> SSAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009 (AC 2009\294) y n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834).

<sup>758</sup> PEINADO GRACIAS, «La distribución del riesgo de insolvencia», *Estudios sobre la Ley Concursal...* t. 1 (2005), p. 428.

<sup>759</sup> BISBAL, «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, n° 214 (1994), p. 850: PEINADO GRACIAS, «La distribución del riesgo de insolvencia», *Estudios sobre la Ley Concursal...* t. 1, p. 429.

liquidación y con déficit patrimonial, en que los administradores, o algunos de ellos, han realizado conductas reprobables, normalmente idóneas para provocar un daño al patrimonio social, por lo menos difuso, es más adecuado que soporten el daño derivado de la insolvencia de la sociedad los administradores que han realizado tales conductas, en lugar de los acreedores<sup>760</sup>.

Se entiende que el administrador de hecho debe responder como cualquier otro administrador, por la apariencia de integrante del órgano de administración, que se crea con su actuación. Lo contrario supondría una situación de privilegio de estos administradores de hecho, sin base alguna<sup>761</sup>.

### **III. La responsabilidad concursal como estímulo a la iniciación temprana del proceso concursal**

Tanto en la LCE como en la LC se han implementado soluciones que pretenden que el concurso sea declarado en forma temprana. La apertura tardía de los procedimientos concursales se ha considerado como un problema que ha de remediarse favoreciendo la oportuna declaración del concurso, como requisito de eficiencia *ex ante* del sistema concursal<sup>762</sup>.

Se procura evitar que la demora en la iniciación del proceso agrave la insolvencia del deudor. Además, se tiene la ilusión de que el ingreso del deudor a un proceso concursal maximizaría las posibilidades de que continúe con su actividad empresarial, logrando acuerdos razonables y convenientes con sus

---

<sup>760</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo 17, 2009-2, pp. 533 y ss.), ponente SARAZA JIMENA.

<sup>761</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (1995), p. 397; VALENZUELA GARACH, «La responsabilidad de los administradores sociales por no solicitar el concurso de las sociedades anónimas...», *Estudios de Derecho concursal*, p. 206 (2006).

<sup>762</sup> CERDÁ ALBERO, «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 1 (2005), p. 955.

acreedores. En el peor de los casos, permitiría que se dilucide lo más rápidamente su situación liquidándose su activo<sup>763</sup>.

### *A. Estímulo al deudor*

En la propia Exposición de Motivos de la LCE se alude a la intención de «*anticipar en el tiempo la declaración de concurso*», para lo que se permite que la insolvencia se justifique a través de cualquier hecho externo, tipificado o no en la LCE, e incluso que la declaración de concurso tenga lugar cuando la insolvencia no se ha producido, sino que sea de producción inminente, al menos cuando la iniciativa es del deudor<sup>764</sup>. La LC – tal como preveía el art. 5.1 de la PALC – consagra otra solución, de carácter mucho más radical, que consiste en declarar que la solicitud de concurso del deudor, en sí misma, consiste en una presunción absoluta de insolvencia<sup>765</sup>.

Como fuere, se alienta al deudor a promover su propio concurso oportunamente, exigiéndole que solicite su propio concurso dentro de los treinta días (art. 10 LC)<sup>766</sup> o dos meses (art. 5 LCE) siguientes a que hubiera conocido o

---

<sup>763</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal, Auditoría y prevención de la crisis empresarial* (2001), p. 119; GEBHARDT, *Prevención de la insolvencia* (2009), pp. 305 y 305; «Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital», *Corporate Governance Conflicts and Corporate Insolvency, II Harvard-Complutense Seminar on Business Law*. <http://www.uc.es/info/mercantil/documentos> (2004), p. 16.

<sup>764</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. 3, p. 1743.

<sup>765</sup> Art. 5, n° 1, LC: «(Presunciones absolutas de insolvencia). El estado de insolvencia del deudor se presume, en forma absoluta, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor solicite su propio concurso.»

<sup>766</sup> Art. 10 LC: «(Obligación de solicitar el concurso). El deudor tendrá la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o

debido conocer su estado de insolvencia<sup>767</sup>. En el caso de las personas jurídicas, la obligación recae en cada uno de sus administradores (arts. 367 y 10 LC).

El sistema se cierra al establecer que el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso configura un supuesto de culpabilidad (arts. 165, n° 1, LCE y 194, n° 1, LC), que puede culminar en la responsabilidad por el déficit concursal de los administradores y liquidadores, incluso de hecho, y de los apoderados. Se supone que un adecuado sistema de responsabilidad por la generación o la agravación de la insolvencia, puede incentivar a que los administradores de sociedades en dificultades económicas, insten el concurso cuando todavía exista la expectativa de una satisfacción razonable de los acreedores<sup>768</sup>.

### ***B. Estímulo a los acreedores***

La LCE no parece fomentar la presentación de solicitudes de declaración del concurso por parte de los acreedores, sino que la obstaculiza y retrasa, al exigir que se acrediten supuestos que están en general fuera de su alcance. Por ejemplo, el acreedor puede probar fácilmente el incumplimiento del deudor pero difícilmente el sobreseimiento; puede probar la existencia de embargos pero tal

---

*debido conocer su estado de insolvencia. En el caso de las personas jurídicas, la obligación recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.*

*En el caso de las personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que dicho conocimiento se produjo en la fecha en que preparó o debió haber preparado estados contables.»*

<sup>767</sup> CHALAR SANZ, «La obligación del administrador de solicitar el concurso de la entidad en la Ley 18.387», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales, a los 20 años de su promulgación* (2009), p. 612.

<sup>768</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 348.

vez no puede acreditar que esos embargos afectan de manera general al patrimonio del deudor<sup>769</sup>.

En la LC se han incorporado presunciones de insolvencia que se pretende que actúen como *alertas tempranas*<sup>770</sup>. Por ejemplo, en el n° 3 del art. 4 de la LC – tal como prescribía el art. 3.2 de la PALC – se establece como presunción relativa de insolvencia la existencia de una obligación, de cualquier naturaleza, con sólo tres meses de vencida<sup>771</sup>.

En la legislación uruguaya si, en virtud de alguna alerta temprana, los acreedores solicitan el concurso antes que los administradores de la sociedad deudora, éstos ya no podrán eludir la formación del incidente de calificación (art. 196 § 2 LC)<sup>772</sup> y, eventualmente, a consecuencia de éste, quedar inhabilitados para administrar bienes propios y ajenos, y a representar a terceros, así como obligados a dar cobertura al déficit patrimonial. De modo que los administradores pudieran verse motivados a anticipar la solicitud de declaración de concurso, como modo de mantener la oportunidad de evitar ser condenados personalmente en el incidente de calificación, siempre y cuando estimen que lograrán la aprobación de un convenio en los términos que expresa el art. 196 de la LC.

---

<sup>769</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, op. cit., p. 1743.

<sup>770</sup> LORENTE, «La búsqueda de mecanismos de “preinsolvencia” o de “alerta temprana”...», VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. 2 (2006), pp. 203 y ss.

<sup>771</sup> Art. 10, n° 4, LC: «(Presunciones relativas de insolvencia). El estado de insolvencia del deudor se presume en los siguientes casos: (...)

3. Cuando existan una o más obligaciones del deudor, que hubieran vencido hace más de tres meses.»

<sup>772</sup> Esto no sucede bajo el régimen de la LCE.

Esto es especialmente significativo para los administradores, si el pasivo social es superior al activo, en razón de que en el n° 2 del art. 193 de la LC<sup>773</sup> se establece como presunción absoluta de culpabilidad el hecho de que los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado<sup>774</sup>. Paradojalmente, este supuesto de culpabilidad – que aparecía en el art. 205 de la PALC pero no fue mantenido en la LCE – desalienta la presentación por parte de los administradores en los casos en que ya hubiere sobrevenido la infracapitalización material de la sociedad<sup>775</sup>. La casi segura condena a los administradores a responder por el déficit patrimonial, los induce a dilatar la presentación a concurso todo lo más que puedan, apelando a recursos que sólo empeoran su situación y acaban por finiquitar los ya insuficientes activos sociales, en perjuicio de todos aquellos acreedores que carecen de algún privilegio especial, que era precisamente lo que pretendía evitar el legislador.

---

<sup>773</sup> Art. 193, n° 2, LC: «(Presunciones absolutas de culpabilidad). El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado.»

<sup>774</sup> Tal como señala OLIVERA GARCÍA y desarrollaremos al tratar las presunciones de la culpabilidad, la infracapitalización material no es lo mismo que la insolvencia económica (OLIVERA GARCÍA, «La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial* [2013], pp. 610-611). Sin embargo, en la práctica y considerando los términos en que fue consagrado este supuesto legal de culpabilidad, difícilmente pueda evitarse la calificación culpable bajo este supuesto si en los dos años anteriores los activos de la sociedad eran manifiestamente inferiores a su pasivo.

<sup>775</sup> HOLZ BRANDUS, «La infracapitalización societaria en el Derecho y doctrina uruguaya», *ADCom*, n° 14 (2012), pp. 97 y 98.

## *Capítulo segundo: Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores en general y por el déficit concursal*

En las páginas siguientes, realizaremos algunas consideraciones generales respecto a la naturaleza de la responsabilidad de los administradores, según se le considere como contractual o extracontractual<sup>776</sup>. A los efectos de considerar debidamente las diversas opiniones vertidas sobre el tema, analizaremos la cuestión de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores, según se trate de una responsabilidad frente a la sociedad, los socios o terceros. Dejaremos para el final la consideración de la naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal y la responsabilidad de los administradores de hecho.

En un segundo apartado consideraremos la cuestión de la naturaleza jurídica subjetiva u objetiva de la responsabilidad de los administradores. Al analizar esta cuestión nos concentraremos en la responsabilidad por el déficit concursal, sin perjuicio de analizar la tendencia general de la legislación y jurisprudencia en esta materia.

---

<sup>776</sup> Se tiene presente que la doctrina más recibida en nuestro país, considera que la responsabilidad civil es una y se divide en dos ramas que no difieren en su naturaleza. No habría dos responsabilidades sino dos regímenes de responsabilidad, cuyas diferencias son accesorias o secundarias. Ambos órdenes comparten los mismos elementos: el perjuicio, la ilicitud, la relación de causalidad y la culpa (GAMARRA, *Responsabilidad contractual*, v. 1: *El incumplimiento* [1996] p. 11). No obstante, como recuerda DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «no es la misma la situación en que se encuentra quien ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro y que, como consecuencia de este compromiso aceptado, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, frente a quien causa daño a otro sin previa relación jurídica, ni especial compromiso» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, *La responsabilidad civil extracontractual* [2011], pp. 228 y 231).

## I. Responsabilidad contractual o extracontractual

Existe doctrina que prefiere centrar la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, tal como originalmente proponía ZACHARIAE, dependiendo si la fuente de la responsabilidad se encuentra en el incumplimiento de un contrato o en un obligación de resarcir el daño causado por un delito<sup>777</sup>. Nosotros utilizaremos el criterio de distinción propuesto por PLANIOL entre la responsabilidad que se encuentra en conexión con deberes positivos de dar o de hacer que quedan sin ejecutar y la que concierne a obligaciones negativas de falta de diligencia que afecta a la esfera jurídica ajena<sup>778</sup>.

### *A. Criterios de distinción entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual*

#### **1. Doctrina**

A los efectos de organizar la exposición de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales en esta materia, distinguiremos dos posiciones básicas.

En una de las posiciones, se considera que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y, eventualmente, es causa de un daño suplementario para el acreedor. Por su parte, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la causación de un

---

<sup>777</sup> La tesis que propugna una completa separación entre ambas responsabilidades se propone por primera vez por ZACHARIAE, para quien la regulación contenida en los arts. 1382 y 1383 (que encabezan el capítulo de los delitos, en el CCom francés), y las de los arts. 1146 y 1147 (ubicados dentro del título que lleva como rúbrica «*de los contratos o de las obligaciones convencionales en general*»), pertenecían a compartimentos estancos (ZACHARIAE, *Cours de Droit Civile Française* [1850]).

<sup>778</sup> PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme offi-ciel des facultés de droit*, t. 7 [1928].

perjuicio sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa o, preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio<sup>779</sup>.

En favor de esta posición se presentan dos argumentos. En primer lugar, que las normas del título general de las obligaciones sólo tienen cabal sentido referidas a obligaciones contractuales. En segundo lugar, que la responsabilidad contractual y la falta de responsabilidad, tienen su fundamento en los compromisos específicos, deberes y delimitaciones de riesgos que en el contrato se han efectuado, lo que no tiene sentido cuando entre las partes existe una obligación no contractual<sup>780</sup>.

No obstante, aun en esta posición, es preciso señalar que dentro del régimen de responsabilidad contractual debe no sólo comprenderse lo estrictamente pactado sino, también, los deberes accesorios integrados en la relación contractual como consecuencia de la buena fe o de los usos de los negocios. Entre estos deberes de conducta se incluyen los deberes de información y de protección. Estos últimos son definidos como aquellos que tienen por objeto evitar los riesgos o la eventualidad de los daños que en la ejecución de los contratos pudieran producirse<sup>781</sup>.

En otra posición, se tiende a ampliar el campo de aplicación de la responsabilidad contractual, englobando en ella los daños que puedan surgir como consecuencia del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual, pero previamente existentes entre las partes. Siempre que haya un vínculo jurídico, cualquiera que sea su fuente (contractual o legal), se piensa que no estamos ante una responsabilidad extracontractual. Según esta posición, la responsabilidad

---

<sup>779</sup> REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS (2006), p. 129.

<sup>780</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, *La responsabilidad civil extracontractual* (2011), pp. 228 y 231; TRIAS, «La responsabilidad civil extracontractual», *Derecho de obligaciones y contratos* (1995), pp. 472-486.

<sup>781</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., pp. 228 y 229.

extracontractual debe quedar reducida al ámbito de los accidentes entre gentes que, con anterioridad, no tuvieron entre sí relación jurídica alguna<sup>782</sup>.

En este sentido, en la doctrina uruguaya existe un cierto consenso, en que la distinción entre la aplicación del régimen de responsabilidad contractual y del extracontractual se encuentra en que la primera se configura en caso de incumplimiento de una obligación o deber concreto, específico, no interesando si el mis-mo está comprendido en un contrato o dicha obligación concreta deriva de la Ley. Por el contrario, en este esquema, la responsabilidad extracontractual surge como elemento residual, derivada de la violación del deber genérico de no causar daño<sup>783</sup>. En caso de violación del deber general de no causar daños, la responsabilidad consiguiente es de naturaleza extracontractual<sup>784</sup>.

La cuestión – como se expondrá al analizar la responsabilidad de los administradores de fuente societaria y concursal – es distinguir cuándo nos encontramos frente a una disposición legal que establece un deber genérico de no

---

<sup>782</sup> ASÚA GONZÁLEZ, «La responsabilidad», *Manual de Derecho civil*, v. 2, p. 469 (2001); DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil* (1988), p. 22; GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario* (1971), p. 41; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *Estudios de Derecho Judicial*, n° 24 (1999), p. 98; VERÓN, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. 3 (2008), p. 518.

<sup>783</sup> En la doctrina uruguaya, GAMARRA ha sostenido esta posición en los términos siguientes: «En la responsabilidad aquiliana la relación obligacional surge con el incumplimiento dañoso del deber (...) No hay vínculo obligacional alguno preexistente entre los sujetos de la responsabilidad cuando ésta es aquiliana; la obligación existe a partir del hecho ilícito dañoso que viola el deber (...) Hay que distinguir según que el hecho lesivo provenga de la violación de una obligación o de un deber jurídico, que no corresponda a una obligación preexistente, esto es, un deber jurídico fuera de toda relación obligacional entre los sujetos de la responsabilidad. En suma: para determinar la naturaleza aquiliana de la responsabilidad es necesario que el daño se produzca por un hecho distinto al incumplimiento de una obligación.» (GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 20 [1988], pp. 40-47).

<sup>784</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, «Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros», *RDC*, n° 1 (2008), pp. 101-112.

causar daño y cuándo frente a una norma que establece un deber concreto. A los efectos de afinar esta distinción es relevante la distinción que realiza LÓPEZ JACOISTE en cuanto a las dos técnicas articuladoras de responsabilidad extracontractual<sup>785</sup>.

Una primera técnica tiende a establecer la responsabilidad sobre una pauta que habría de considerarse como referida a deberes reseñables y, de algún modo, preexistentes. Supone un cuidado especial que se espera y se ha de desplegar respecto de determinables personas y de ciertas materias, situaciones o actividades. Se requiere que el demandante se encuentre entre los destinatarios a quienes una disposición legal determinada tiende a proteger de la violación de ésta o de la lesión a una puntualizable diligencia o prudencia impuesta legalmente<sup>786</sup>. Esta técnica es la empleada por los arts. 236 de la LSCE o 83 y 391 de la LSC<sup>787</sup>.

---

<sup>785</sup> LÓPEZ JACOISTE, *La responsabilidad civil extracontractual: una exploración jurisprudencia y de filosofía jurídica* (2010), p. 554.

<sup>786</sup> LÓPEZ JACOISTE, id. *ibid.*

<sup>787</sup> Art. 391 LSC: «(Responsabilidades). El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

*Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad.*

*Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose luego como se dispone en el inciso anterior.*

*Cuando se trate de actos o hechos no resueltos en sesiones del directorio, el director que no haya participado en los mismos no será responsable (inciso segundo del artículo 83), pero*

Una segunda técnica recurre al sistema de *cláusula general*. En este caso, la responsabilidad se determina y se impone en virtud de una imputación potencialmente ubicua del daño injusto. Cualquiera sea el perjudicado puede promover o advenir implicado en la acción reparatoria. La imputación, entonces, encuentra su cauce básico en la ilicitud de la lesión jurídica ocasionada<sup>788</sup>. Esta técnica pareciera ser la empleada en los arts. 164.1 de la LCE y 192 de la LC respecto a la responsabilidad por el déficit concursal.

## 2. Jurisprudencia

La jurisprudencia española no es consistente en cuanto a establecer un criterio técnico preciso que permita distinguir la responsabilidad contractual de la extracontractual. La doctrina atribuye las dudas y vaivenes de la calificación a la necesidad de superar equitativamente problemas de plazos de prescripción o de deslindar las respectivas competencias de los órdenes jurisdiccionales civil y laboral<sup>789</sup>.

El STS ha adoptado un criterio restrictivo que restringe la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual, para dar mayor cabida al de la responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, se ha optado por atribuir carácter extracontractual a la responsabilidad, para permitir que un determinado daño quedara incluido entre los riesgos cubiertos por un seguro<sup>790</sup>.

---

*deberá proceder en la forma dispuesta en el inciso precedente en cuanto lleguen a su conocimiento.»*

<sup>788</sup> LÓPEZ JACOISTE, id. *ibid.*

<sup>789</sup> CARRASCO, *Derecho de contratos* (2010), pp. 922 y 923.

<sup>790</sup> Así sucedió en la STS de 10/6/1991 (RJ 1991\4434), en la que la responsabilidad del vendedor por defecto del producto, como consecuencia del daño ocasionado al usuario por la rotura de un cable de arrastre en una estación de esquí fue considerado como extracontractual, puesto que sólo esta forma de responsabilidad estaba cubierta por el seguro de la entidad operadora del servicio de remonte.

En jurisprudencia del TS de la década de los ochenta, se ha ubicado la línea divisoria entre una y otra responsabilidad acudiendo al criterio de la «*órbita rigurosa del contrato*». Según este criterio, la responsabilidad se considera como extracontractual, incluso entre partes ligadas por un contrato, cuando el daño no haya surgido como desarrollo de su contenido negocial<sup>791</sup>.

Por otra parte, se admite que de un mismo hecho pueda derivarse una responsabilidad de tipo contractual para uno de los obligados y extracontractual para otro<sup>792</sup>. En varias sentencias del TS de 18 de febrero y 12 de mayo de 1997, así como en la de 6 de mayo de 1998 – en casos de responsabilidad médica – se admitió que cuando un hecho dañoso viola, al mismo tiempo, una obligación contractual y un deber general, se produce una yuxtaposición de responsabilidades y surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente<sup>793</sup>.

### ***B. Régimen contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los administradores***

La cuestión de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores ha sido objeto de diversas opiniones, tanto en la doctrina española como en la doctrina uruguaya. Aunque entendemos que la distinción entre una y otra depende de la fuente de la obligación, en las páginas

---

<sup>791</sup> SSTs de 16/12/1986 (RJ 1986\7447); de 9/1/1985 (RJ 1985\167); de 10/5/1984 (RJ 1984\2405); de 9/3/1983 (RJ 1983\2680).

<sup>792</sup> BARROS BOURIE, «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños* (2009), p. 144; MORALES MORENO, «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños* (2009), p. 199; PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 891.

<sup>793</sup> Vide: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, p. 229.

que siguen analizaremos este tema teniendo en consideración qué acción se promueve y quién la promueve.

## 1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad

### *a. Doctrina contractualista*

Buena parte de la doctrina española<sup>794</sup>, uruguaya<sup>795</sup> y argentina<sup>796</sup> considera que esta responsabilidad es de naturaleza contractual, por la vinculación que existe entre los administradores y la sociedad<sup>797</sup>.

---

<sup>794</sup> BROSETA PONT, op. cit., v. 1, p. 463; LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación de los administradores de la sociedad anónima* (1986), p. 53; POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, t. 6, (1992), p. 372; SALDAÑA VILLOLDO, *La acción individual de responsabilidad; su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales; estudio jurisprudencial* (2009), p. 182.

<sup>795</sup> AMORÍN, «Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas, el factor de atribución», *ADCom*, n° 12 (2008), pp. 251 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Las acciones de responsabilidad de los directores de la Sociedad Anónima», *Temas de Derecho societario* (2000), p. 92; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima», *Temas de Derecho societario, 10 años de la ley de sociedades comerciales, análisis y perspectivas* (2000), p. 92; RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, «Un tema de actualidad: la responsabilidad de los administradores de empresas insolventes», *ADCU*, t. 29 (1999), pp. 576 y 577.

<sup>796</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Societaria, tributaria, aduanera, civil, otras responsabilidades específicas*, 3ª ed. [2001], p. 665; ROITMAN, «Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra», *RDPC*, n° 11, t. 2 (1996), p. 53; VERÓN, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. 3, p. 518.

<sup>797</sup> Del mismo modo se entiende, en general, en la doctrina italiana, para la cual la obligación de reparar el daño causado a la sociedad es contractual por estar fundada en la relación que vincula al administrador con la sociedad, sea que el daño se haya originado en la violación de deberes de contenido específico o en la violación del deber general de actuar diligentemente

La actividad del administrador, sus deberes y responsabilidades están determinados por el contrato social y por la Ley que lo regula. De modo que debe considerarse contractual, según esta opinión, la responsabilidad que se origine en actos u omisiones, contrarios a la Ley o a los estatutos, o que supongan un incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo. El mal desempeño del cargo o la violación de la Ley o de los estatutos, en tanto tienen su fuente en una obligación preconstituida, originan una responsabilidad contractual.

### ***b. Doctrina extracontractualista***

BRUNETTI sostiene que la responsabilidad de los administradores es siempre extracontractual porque el administrador es órgano legal de la sociedad y porque la responsabilidad surge de la propia Ley<sup>798</sup>.

En el mismo sentido, algunos autores argentinos consideran que, dada la naturaleza de funcionario del director, la responsabilidad tanto respecto de la sociedad como de los accionistas y terceros, es extracontractual<sup>799</sup>.

### ***c. Doctrina ecléctica***

En la doctrina uruguaya se ha postulado que la responsabilidad de los administradores respecto a la sociedad puede ser contractual o extracontractual, según sea que se incumpla una determinada obligación impuesta por el estatuto

---

(BONELLI, «*La responsabilità degli amministratori*», *Trattato delle società per azioni*, dir. COLOMBO y PORTALE, t. 4: *Amministratori, direttore generale* [1991], pp. 323, 324 y 423).

<sup>798</sup> BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. 2, *Società per azioni* (1948), p. 385: «*La responsabilità degli amministratori non ha la sua base in un rapporto contrattuale (sappiamo già che la nomina da parte dell'assemblea è un rapporto unilaterale e che l'accettazione è un semplice atto di adesione) ma nell'organizzazione della società. (...) Sotto ogni riguardo adunque la responsabilità organica è responsabilità ex lege*».

<sup>799</sup> JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, «Responsabilidad de los administradores societarios», *I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario*, t. 2 (1992), pp. 709 y ss.; OTAEGUI, *Administración societaria* (1979), pp. 408 y 409.

social o por la Ley, o que se infrinjan deberes no obligacionales. En particular, la responsabilidad que establecen los arts. 83 y 391 de la LSC se considera de naturaleza extracontractual, pues se funda en un precepto legal que impone deberes genéricos: respetar la Ley, actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, no abusar de sus facultades, ni actuar con dolo o culpa grave<sup>800</sup>.

## **2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a los socios**

### ***a. Doctrina contractualista***

Alguna doctrina considera que hay deberes positivos que incumben a los administradores respecto a los socios, cuya violación les implica una responsabilidad de naturaleza contractual<sup>801</sup>. Así, por ejemplo, cuando se trata de la violación de derechos individuales de accionistas reconocidos en la Ley o en los estatutos, se considera que existe una obligación a cargo de los administradores de respetar esos derechos y, en consecuencia, la responsabilidad nacida de su infracción tiene carácter contractual<sup>802</sup>.

### ***b. Doctrina extracontractualista***

Existe doctrina que, en oposición, considera que la responsabilidad de los administradores frente a los socios es de naturaleza extracontractual. Esta doctrina advierte que el administrador no celebra contrato alguno con los socios, tanto si ocupa el cargo en virtud de una estipulación en el contrato social como si lo ocupa por resolución de la asamblea. El administrador sólo está vinculado con

---

<sup>800</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Responsabilidad de los administradores y directores de sociedades anónimas* (2011), pp. 89 y 90.

<sup>801</sup> AMORÍN, «Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas...», *ADCom*, n.º 12, pp. 251 y ss.

<sup>802</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2, 3ª ed. (1976), p. 197.

la sociedad. A su vez, los socios tienen derechos respecto a la sociedad, no a sus administradores<sup>803</sup>.

### 3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador frente a terceros

#### a. Doctrina contractualista

Tanto en la doctrina española<sup>804</sup> como uruguay<sup>805</sup> algunos autores consideran que la responsabilidad de los administradores será siempre de naturaleza contractual, incluso frente a terceros, basados en que la fuente de la responsabilidad es el incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias preexistentes, vinculadas a sujetos determinados o determinables y cuya fuente es, no el contrato, sino la propia legislación societaria atinente a la forma de actuación y, en definitiva, a la gestión de los administradores<sup>806</sup>. Se considera que no sólo el deber de cumplir con las reglas convencionales establecidas en los estatutos, sino el deber de diligencia, así como el de cumplir con la legislación societaria y las leyes que regulan el giro especial que constituye su objeto, son

---

<sup>803</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas...* 3ª ed. [2001], p. 659; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., pp. 93 y 94; ROITMAN, «Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra», *RDPC*, n° 11, t. 2, p. 53.

<sup>804</sup> LLEBOT, «El sistema de la responsabilidad de los administradores...», *RDS* (1996), n° 7, pp. 51 y 60.

<sup>805</sup> PÉREZ FONTANA, *Sociedades anónimas, comentarios a la Ley 16.060*, v. 1 (1991), p. 200; RODRÍGUEZ MASCARDI, «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores...», p. 606.

<sup>806</sup> La doctrina y jurisprudencia italiana no presenta en este caso el mismo consenso que exhibe cuando se trata del resarcimiento del daño causado a la sociedad. No obstante, tiende a considerar que aun en el caso de la acción individual de responsabilidad, su naturaleza es contractual, por derivar del incumplimiento de una obligación preexistente y no como un mero medio para la reparación de un daño injusto. Vide: BONELLI, «La responsabilità degli amministratori», *Trattato delle società per azioni*, t. 4: *Amministratori, direttore generale* (1991), p. 438.

una consecuencia de su relación con la sociedad y del cargo que ocupan, por lo que, en todos los casos, la responsabilidad de los administradores debe ser considerada como contractual<sup>807</sup>.

Esta opinión, en Uruguay, se ha visto refrendada por la juris-prudencia de la SCJ, que en un proceso por daños y perjuicios seguido contra los directores de un banco, dictaminó que la naturaleza de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima frente a terceros (acreedores, en el caso), era de naturaleza contractual, porque se generó por violación de una obligación preexistente de índole legal. Como consecuencia, se rechazó la prescripción de 4 años<sup>808</sup>.

---

<sup>807</sup> PÉREZ FONTANA, *Sociedades anónimas*, v. 1 (1991), p. 200; RODRÍGUEZ MASCARDI, «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y la reciente doctrina jurisprudencial», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación*, p. 604 (2009); RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, «Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros», *RDC*, 3<sup>a</sup> época, n° 1, pp. 101-112; RODRÍGUEZ MASCARDI y VENTURINI, *ADCU*, t. 29, pp. 573 y ss.

<sup>808</sup> En la SSCJ n° 978 de 30/6/2009, redactada por VAN ROMPAEY, se expuso lo siguiente: «*La naturaleza de la responsabilidad de los directores y administradores respecto de los daños producidos a terceros es de índole contractual al verificarse la violación de una obligación preexistente de índole legal. A la luz del artículo 391 de la Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales emerge una obligación de desempeño de los directores o administradores que no puede confundirse con un deber genérico de no dañar, sino que se concreta en obligaciones específicas y preexistentes que se corresponden con el régimen de la responsabilidad contractual (...) De modo que la Corte adhiere a la posición doctrinaria que entiende que la naturaleza de la responsabilidad en el ocurrente es contractual y no aquiliana (...) En suma, la Corporación entiende que la responsabilidad de los demandados con base en el artículo 391 de la Ley de Sociedades Comerciales, que les impone el deber de actuar con lealtad y diligencia de un “buen hombre de negocios” en tanto se trata de un deber de origen legal, genera responsabilidad de índole contractual.*»

***b. Doctrina extracontractualista***

De acuerdo con buena parte de la doctrina española<sup>809</sup>, uruguayo<sup>810</sup> y argentina<sup>811</sup>, la responsabilidad de los administradores frente a terceros sería siempre extracontractual, pues derivaría de la violación de un deber de no causar daño a otro (*neminem laedere*), que existe en beneficio de todas las personas, así

---

<sup>809</sup> ARROYO y BOET SERRA, «Comentario al artículo 135 LSA», *Comentarios a la ley de sociedades anónimas...*, v. 2, p. 1438; DE LA CÁMARA, «La administración de las sociedades anónimas», *RJN*, n° 1 (1992), pp. 52 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (1995), p. 283; ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZA-NO, 5ª ed. (2013), p. 176; GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2 (1976), p. 197; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades* (1976), p. 383; GIRÓN TENA, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *ADC* (1959), v. 12, n° 2, p. 445; MARÍN DE LA BÁRCENA, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, (2005), p. 229 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971), p. 406; RUBIO GARCÍA-MINA, *Curso de derecho de sociedades anónimas* (1974), p. 267; SALDAÑA VILLOLDO, *La acción individual de responsabilidad* (2009), pp. 182 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (1993), pp. 330 y ss. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, «La responsabilidad por deudas de los administradores de la sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (1996), p. 2502; VICENT CHULIÁ, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed. t. 1, v. 1 (1990), p. 660.

<sup>810</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima», *Temas de Derecho societario, 10 años de la ley de sociedades comerciales, análisis y perspectivas* (2000), p. 92; RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., p. 94.

<sup>811</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas...* [2001], p. 665; VERÓN, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. 3, p. 518.

como en el correspondiente principio general de que debe repararse el daño causado a terceros por los hechos ilícitos<sup>812</sup>.

Para poder calificar esta responsabilidad como contractual, se requeriría una previa relación jurídica entre el perjudicado – sea éste un tercero o, en su caso, un socio - y el administrador<sup>813</sup>. En cambio, la única fuente de responsabilidad, en este caso, radica en la existencia de un hecho ilícito del administrador que vulnera sus derechos como terceros<sup>814</sup>.

Esta era la posición mantenida por el TS, en particular a partir de la sentencia de 21 de mayo de 1992, en la que calificó como extracontractual la acción individual contra los administradores de la sociedad, declarando que *«al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico contenido en el principio neminem laedere que alcanza también a las personas físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órgano (no mandatarios) del ente social, le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil»*.

---

<sup>812</sup> GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2, p. 197; HALPERIN, op. cit.; NISSEN, op. cit., t. 2; ZALDÍVAR, id. ibid. En el mismo sentido BRUNETTI, Refiriéndose a la acción individual de responsabilidad, este último decía *«È azione di risarcimento per fatto illecito (art. 2043). (...) l'azione di danno nasce quindi ex delicto, nel momento in cui si acquistano le azioni (...).»* (BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. 2, *Società per azioni*, p. 399).

<sup>813</sup> ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FER-NÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 176.

<sup>814</sup> El accionista se puede relacionar como un tercero con la sociedad, por ejemplo, cuando celebra contratos con ella y convertirse en acreedor de la misma. En ese caso, el accionista puede verse afectado como un tercero y sufrir daños por hechos ilícitos de los administradores. El régimen de responsabilidad sería el aplicable a los terceros (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas* [1973], p. 193).

Entre los civilistas uruguayos, hay quien postula que la responsabilidad de los administradores frente a terceros es extracontractual en la medida que se trata de una responsabilidad por hecho ajeno (art. 1324 CC)<sup>815</sup>, con prescindencia de la regulación específica que prevé el art. 391 de la LSC<sup>816</sup>. Alguna jurisprudencia uruguaya ha adherido a este criterio, bajo el fundamento de la inexistencia de un vínculo obligacional entre el administrador y los acreedores de la sociedad<sup>817</sup>.

### *c. Doctrinas eclécticas*

Según alguna doctrina española la responsabilidad frente a terceros será contractual o extracontractual, según sea contraída en el ejercicio de sus competencias orgánicas (no representativas) o al margen del mismo, en una actuación personal aunque investidos de su función<sup>818</sup>.

Otros, hacen depender la categorización como contractual o extracontractual, en función de qué acción esté ejerciendo el socio o el tercero<sup>819</sup>.

En la doctrina uruguaya hay quien hace depender la categorización de la responsabilidad de los administradores frente a terceros, en función del evento «dañante» (sic), según implique o no la violación de un deber positivo previo<sup>820</sup>.

---

<sup>815</sup> ACOSTA PITETTA, «Responsabilidad de los directores por los hechos de la sociedad y del dependiente», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales* (2006).

<sup>816</sup> CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI, «El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores...», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales* (2006).

<sup>817</sup> STAC de 4° t., n° 88, de 29/4/2009.

<sup>818</sup> POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, t. 6 (1992), p. 372.

<sup>819</sup> ALFARO, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RDS*, n° 18 (2002), p. 53.

<sup>820</sup> AMORÍN, «Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas...», *ADCom*, n° 12, pp. 251 y ss.

#### 4. Doctrina que niega que la responsabilidad de los administradores pueda ser categorizada como contractual o extracontractual

Por último, está la posición de aquellos que, recordando la concepción organicista de la sociedad, consideran que la responsabilidad de los administradores no es ni contractual ni extracontractual. Su responsabilidad, para esta posición, se funda en la relación orgánica del administrador con la sociedad y las concretas funciones y obligaciones impuestas por la Ley, tanto respecto a la propia sociedad y sus socios, como respecto de terceros<sup>821</sup>. La responsabilidad – sea frente a la sociedad, los socios o terceros – se basa en un supuesto de hecho ligado a las relaciones jurídico societarias internas, lo cual coloca la cuestión en un contexto distinto a la tradicional contraposición entre responsabilidad contractual y extracontractual<sup>822</sup>.

La responsabilidad de los administradores, en esta posición, es típicamente mercantil y constituye un régimen diferenciado que trasciende la división entre responsabilidad contractual y extracontractual. En lugar de ello, se corresponde con un esquema unitario y general, aplicable a todas las responsabilidades societarias, calificado por patrones específicos como el del *buen hombre de negocios* al que aluden las legislaciones uruguaya y argentina<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, «Responsabilidad de los administradores de sociedades», *Estudios en Memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Álvarez*, p. 452 (1999).

<sup>822</sup> ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», *RDM*, n° 198, p. 659; JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, «Responsabilidad de los administradores societarios, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario, t. 2 (1992), p. 709.

<sup>823</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad en el proceso falencial», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, dir. ARECHA, coord. ALONSO (2009), p. 325.

## 5. Naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal

### *a. Doctrina y jurisprudencia*

En la doctrina<sup>824</sup> y jurisprudencia<sup>825</sup> españolas se ha considerado que la responsabilidad concursal de los administradores en general y, también, del administrador de hecho, es extracontractual. Del mismo modo ha sido entendido por alguna doctrina uruguaya<sup>826</sup>.

En primer lugar, se parte de la base de considerar que la generación o agravación de la insolvencia es un supuesto de incumplimiento del deber genérico de diligencia. La responsabilidad, entonces, derivaría de la violación de un deber de no causar daño a otro, que existe en beneficio de todas las personas (*neminem laedere*)<sup>827</sup>, así como del correspondiente principio general de que debe repararse el daño causado a terceros por los hechos ilícitos.

En segundo lugar, se argumenta que los destinatarios finales de la reparación son los acreedores, que no están vinculados directamente con los administradores de la sociedad<sup>828</sup>.

### *b. Nuestra opinión*

En lo personal, nos inclinamos por considerar que la responsabilidad por el déficit concursal puede ser categorizada tanto como contractual como extracontractual, dependiendo de si se origina en el incumplimiento de un deber concreto que se tiene frente a la sociedad y los acreedores, o en un deber genérico de no dañar a otro.

---

<sup>824</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» p. 714.

<sup>825</sup> STS de 28/4/2006 (RJ 2006\4111).

<sup>826</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13, p. 201.

<sup>827</sup> GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2, p. 197.

<sup>828</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 201.

## 6. Naturaleza de la responsabilidad de los administradores de hecho

La responsabilidad del administrador de hecho, como por definición presupone la inexistencia de una investidura válida, en principio, no encontraría su fuente ni en un vínculo de naturaleza contractual con la sociedad, ni de naturaleza orgánica.

Sin embargo, ese posicionamiento supondría hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad, lo que se encuentra exactamente en las antípodas del fundamento de la legislación que imputa responsabilidad a los administradores de hecho. El administrador de hecho, aunque oculte su calidad a través de otra figura o dirija la gestión social por una vía oblicua, es quien debe considerarse como integrante real del órgano de administración, sin perjuicio de las responsabilidades de los testaferros. Por lo cual, no ha de ser la falta de investidura formal lo que determine una definición respecto a esta cuestión, sino la posición que se adopte, en general, respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores de derecho<sup>829</sup>.

### C. Sobre la relevancia de la cuestión

#### 1. Relevancia en el Derecho español

La doctrina, en general, considera que la cuestión acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores es hoy de una importancia, a lo sumo, secundaria<sup>830</sup>. Teóricamente, la cuestión de

---

<sup>829</sup> La cuestión se debatió en la jurisprudencia italiana hasta que, finalmente, la Corte terminó atribuyéndole naturaleza contractual, en la sentencia de 6 de marzo de 1999 (Cass. n° 1925, *FI* 2000, I, p. 2299). Vide FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, pp. 344-346.

<sup>830</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, pp. 280 y 281; GARRETA SUCH, *op. cit.*, p. 131; GARRI-GUES, *Comentario...*, v. 2, pp. 157 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, pp. 140 y ss.

determinar si una responsabilidad cualquiera es contractual o extracontractual podría llegar a ser relevante en el Derecho español por tres razones<sup>831</sup>.

En primer lugar, en el ámbito de la responsabilidad contractual se exige que la lesión del derecho de crédito se produzca como consecuencia de una *actuación culposa del deudor*, conforme se deriva del art. 1101 del CCE. Este requisito de la culpa aparece, también, en sede de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CCE). Sin embargo, en la práctica y, especialmente, como consecuencia de la descodificación de este tipo de responsabilidad se admite que la responsabilidad se ha objetivizado en forma importante<sup>832</sup>. Sobre la tendencia de la jurisprudencia a la objetivización de la obligación de reparar el daño, nos remitimos a lo que exponemos al analizar el carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad por el déficit.

En segundo lugar, tratándose de responsabilidad extracontractual, el criterio tradicional determina que en la responsabilidad extracontractual *el acreedor es quien debe probar la culpa del demandado*, mientras que en sede de responsabilidad contractual, es el deudor quien debe probar la ausencia de culpa. No obstante, el criterio actual es admitir la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de aplicación del art. 1902 del CCE, de la misma manera que se cuestiona la existencia de una presunción de culpa en la responsabilidad contractual<sup>833</sup>.

---

<sup>831</sup> Existen otras diferencias que, en principio, no son relevantes para este estudio y, por ello, no merecen una referencia especial. Así, por ejemplo, se ha advertido que la responsabilidad contractual admite cláusulas de exoneración, en tanto la responsabilidad extracontractual no, y que en la responsabilidad extracontractual el principal responde por el hecho de terceros (art. 1903 CCE), salvo la prueba de que no hubo culpa, en tanto en vía contractual se responde de modo incondicionado (CARRASCO PERERA, op. cit., p. 925).

<sup>832</sup> PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 889.

<sup>833</sup> PUIG FERRIOL, id., p. 890.

Esta distinción no tiene consecuencias relevantes en cuanto a la responsabilidad por el déficit concursal de los administradores en la legislación española, pues ésta se encuentra sometida a un régimen especial en cuanto a la carga de la acreditación de la culpa. Según se expondrá, se prevé un sistema que incluye una cláusula general que exige la prueba de la culpa grave o dolo, pero auxiliada de una serie de presunciones relativas de culpabilidad, junto con una serie de supuestos en que corresponde la declaración culpable del concurso «*en todo caso*».

En tercer lugar, existe una diferencia sustancial entre el *plazo de prescripción* de una responsabilidad y otra, lo que ha sido considerado en forma preponderante por la jurisprudencia<sup>834</sup>. La acción para exigir responsabilidad extracontractual prescribe por el transcurso de un año (art. 1968 CCE). En cambio, la acción para exigir la responsabilidad contractual prescribe a los quince años (art. 1964 CCE)<sup>835</sup>.

La doctrina señala que a pesar de que la diferencia se ha calificado como significativa, en la práctica no lo es tanto, como consecuencia de un aceptado y reiterado criterio jurisprudencial favorable a situar como momento inicial del cómputo del plazo de prescripción, el conocimiento que haya podido tener la víctima de la existencia y entidad del daño<sup>836</sup>.

En materia de responsabilidad societaria de administradores, la cuestión del plazo de prescripción estaría resuelta por el art. 949 del CCom español, que asigna un plazo de cuatro años a la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades, sin distinción alguna. Así lo ha

---

<sup>834</sup> CARRASCO PERERA, id. *ibid.*; PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 890.

<sup>835</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, p. 224.

<sup>836</sup> PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 890.

entendido el TS a partir de su sentencia de 20 de julio de 2001<sup>837</sup>, en jurisprudencia mantenida en los años siguientes, en términos generales<sup>838</sup>.

No obstante, alguna doctrina señala que el emplazamiento sistemático de dicho artículo, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, llevaría a considerar que el art. 949 del CCom sólo es aplicable a la acción que contra el administrador ejerciten los socios<sup>839</sup>. Por lo tanto, al menos en cuanto a la responsabilidad de los administradores frente a terceros, correspondería acudir a las normas generales en materia de prescripción, en cuyo caso la respuesta en cuanto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad concursal contra los administradores dependerá, naturalmente, de la posición que se adopte en cuanto a si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual.

Nos permitimos discrepar con esta opinión. El art. 949 del CCom se refiere, en términos generales, a la acción contra los socios gerentes y administradores, sin distinguir quién sea que promueva la acción. Es cierto que en los dos artículos precedentes, al establecer otros plazos de prescripción específicos, existen alusiones expresas a que las acciones a las que refieren son las que puede promover un socio. Sin embargo, precisamente en el hecho de que esta alusión no se repite en el art. 949, se debe basar una interpretación amplia de esta disposición. En definitiva, donde no distingue la Ley no está autorizado para distinguir el intérprete.

Por último, corresponde resaltar que, en el caso de la responsabilidad por el déficit concursal, en doctrina y jurisprudencia se ha sostenido que, al no existir

---

<sup>837</sup> STS n° 776 de 20/7/2001 (ROJ 6416/2001, RJ 2001\6865) ponente MARÍN CASTÁN.

<sup>838</sup> SSTs n° 206 de 22/3/2005 (ROJ 1782\2005), n° 101 de 17/2/2005 (ROJ 971\2005), n° 328 de 7/5/2004 (ROJ 3107\2004) y n° 234 de 24/3/2004 (ROJ 2028\2004).

<sup>839</sup> ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La res-ponsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2013), p. 175.

una acción de responsabilidad propiamente dicha<sup>840</sup>, no corresponde hablar de plazo de prescripción (*actio nondum natae non praecribitur*)<sup>841</sup>. Este posicionamiento nos parece acertado, especialmente por considerar que las normas que establecen prescripciones son de interpretación estricta, en virtud del principio *pro actione*.

## 2. Relevancia en el Derecho uruguayo

La distinción entre la naturaleza contractual y extracontractual interesa en el Derecho uruguayo, por la extensión de la responsabilidad y por la prescripción, que es diferente en un caso y en otro.

La regulación general de los códigos uruguayos, tanto en materia de responsabilidad contractual (arts. 1345 y 1323 CC, y art. 222 CCom uruguayo) como extracontractual (art. 1319 CC), dispone que el obligado responde de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (ello significa que debe existir nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño). El daño comprende la pérdida sufrida (daño emergente) y el lucro de que se le ha privado (lucro cesante)<sup>842</sup>.

---

<sup>840</sup> Así se ha entendido en la SJM de Madrid, de 16 de febrero de 2006, donde se señala que la intervención de los acreedores «*se limita a la inicial personación con el objeto de alegar lo que consideren relevante para la calificación del concurso como culpable, sin que suponga ejercitar acción alguna ni deducir concretas pretensiones*» (ADCo n° 8, 2006, p. 478).

<sup>841</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva* (2003), pp. 127-135; FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Prescripción y caducidad de derechos y acciones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 14 (1995), pp. 181-250; PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión* (1996), pp. 65-83.

<sup>842</sup> Como precisión, corresponde señalar que el art. 391 de la LSC, se aparta del régimen general al establecer que los administradores de sociedades anónimas son responsables por los daños directa e indirectamente causados. Damos un ejemplo. El administrador causa daños patrimoniales a la sociedad (daño directo e inmediato) y, como consecuencia de ellos, se perjudican los acreedores sociales que no pueden recuperar sus créditos (daño indirecto). También, se perjudica el accionista que ve disminuido el valor de su participación accionaria. En ambos casos, el daño es indirecto.

Hay diferencias en cuanto a los daños previsibles o no previsibles. En el caso de la responsabilidad contractual, si en el incumplimiento no hubo dolo del obligado, éste responde de los daños y perjuicios previstos o que se pudieron prever. Si en el incumplimiento hubo dolo del obligado, éste responde tanto de las previsibles como de las imprevisibles (art. 1346 CC y art. 223 CCom uruguayo). En el caso de la responsabilidad extracontractual, la legislación uruguaya no distingue, respondiéndose siempre de las consecuencias del hecho ilícito, previsibles o imprevisibles.

Hay diferencias en los términos de prescripción: 20 años si es responsabilidad contractual (art. 1018 CCom uruguayo y art. 1216 CC) y 4 años si es responsabilidad extracontractual (art. 1332 CC). Si el hecho generador de responsabilidad configura un ilícito penal, el término de prescripción es el fijado por el CPU (arts. 117 y 119). El art. 51 de la LSC establece una prescripción corta de 3 años sólo para las hipótesis del abuso de control.

### **3. Relevancia en el Derecho argentino**

Alguna doctrina argentina considera que la distinción tiene importantes consecuencias formales y sustanciales, de gran repercusión práctica.

En materia de prueba de la culpa, en tanto que a ésta se la presume en el incumplimiento contractual, debe ser acreditada expresamente en la responsabilidad aquiliana.

La distinción, en la legislación argentina, también, tiene incidencia en lo que atañe a la extensión del resarcimiento, ya que en el incumplimiento contractual culposo el deudor responde únicamente por los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520 CCA). En cambio, en la responsabilidad delictual culposa el victimario deberá los daños que sean consecuencia inmediata y mediata del acto ejecutado, y que previó o pudo prever utilizando la debida atención y conocimiento (arts. 903 y 904 CCA).

Con respecto a la mora, en la responsabilidad aquiliana se configura siempre de manera automática, al producirse cada perjuicio. Finalmente, la acción de responsabilidad delictual prescribe a los dos años (art. 4307 CCA) y la derivada de la responsabilidad contractual, al no tener un plazo expreso establecido al efecto, se rige por la prescripción decenal (art. 4023 CCA)<sup>843</sup>.

Contrariamente, existe doctrina argentina que observa que, pese a que existen dos regímenes legales distintos para regular la responsabilidad contractual y la extracontractual, en la actualidad se observa que las diferencias reales no son lo suficientemente relevantes como para justificar su subsistencia<sup>844</sup>. En numerosas situaciones tales como las relativas al daño moral, automaticidad de la mora, daño inmediato como consecuencia cognoscible, riesgo o vicio de la cosa, los distinguos entre ambos regímenes de responsabilidad se han ido disipando. No obstante, se reconoce que en relación a la extensión del resarcimiento y los plazos de prescripción las diferencias aún subsisten<sup>845</sup>.

Si la responsabilidad de los administradores se considera contractual, se ha de aplicar el plazo trienal de prescripción previsto en el art. 848, § 1, del CCom argentino<sup>846</sup>. Si la responsabilidad se considera extracontractual, la doctrina argentina propone dos soluciones diferentes: se aplica el plazo bianual del art. 4037 del CC<sup>847</sup> o se aplica el plazo decenal del art. 846 del CCom<sup>848</sup>.

---

<sup>843</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Societaria, tributaria, aduanera, civil, otras responsabilidades específicas* (2001), p. 665; MARTORELL, *Los directores...*, p. 197.

<sup>844</sup> VERÓN, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. 3 (2008), pp. 518 y 519.

<sup>845</sup> LÓPEZ CABANA y ALTERINI, «Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad», *LL*, Infojus DACC890205, descargado de <http://www.infojus.gov.ar/doctrina> (1989).

<sup>846</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas...*, p. 659; ROITMAN, «Responsabilidad de administradores...», *RDPC*, n° 11, t. 2, p. 53.

<sup>847</sup> GAGLIARDO, *id. ibid*; ROITMAN, *id. ibid*.

## *Nuestra posición*

### **1. Precisiones previas**

La naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores, como la de cualquier otro sujeto, en nuestra opinión, no depende ni de la acción en particular de que se trate, ni de quien la promueve, sino de la fuente que genera la obligación de reparar el daño. Por lo tanto, es indiferente que estemos ante la responsabilidad derivada del ejercicio de una acción social de responsabilidad por daño a la sociedad o frente a una acción individual por daño a un socio o a un tercero, o frente a una acción concursal de responsabilidad.

Cualquiera sea la acción que estemos analizando, si el administrador viola el deber legal de actuar con lealtad y con la diligencia de un ordenado empresario o de un buen hombre de negocios (arts. 225 y 226 LSCE y 83 LSC) o si vulnera los deberes genéricos que asumió de no violar la Ley o el estatuto, ni abusar de sus facultades o actuar con dolo o culpa grave (arts. 236 LSCE y 391 LSC), causando daño al patrimonio social, a socios o a terceros, la responsabilidad se origina en el incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro. Que este deber, en el caso de los administradores de sociedades, sea preexistente y se despliegue respecto a personas determinables, no cambia su naturaleza, según el criterio que precisa LÓPEZ JACOISTE, que ya referimos al analizar los criterios de distinción generales entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Consecuentemente, en nuestra opinión, la obligación de resarcir el daño fundada en dichas disposiciones tiene siempre naturaleza extracontractual. Tanto la sociedad, como los socios o los terceros, al reclamar sobre la base de esas normas, procuran la reparación de una lesión provocada por la falta de diligencia

---

<sup>848</sup> FERNÁNDEZ MADRID, *Código de Comercio Comentado*, t. 1 (2000), p. 65; HALPERÍN, *Sociedades anónimas* (1975), p. 462; ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio Comentado*, t. 6 (1970), p. 116.

a su respecto o por la violación del deber genérico de no dañar en ellas consignado.

En cambio, si la responsabilidad tiene como fuente el incumplimiento de deberes concretos frente a la sociedad, a socios o a terceros, sea que hayan sido consagrados en el estatuto social o dispuestos legalmente, la responsabilidad es contractual. Así, por ejemplo, el art. 79 de la LSC establece que el administrador tiene a su cargo la gestión de los negocios sociales. La obligación que contrae, al aceptar el cargo, es cumplir con sus funciones de gestión. Si, una vez designado y aceptada la función, no asume la gestión o la asume y, luego, no la desempeña o la desatiende, se generará una responsabilidad contractual.

En la legislación societaria se impone a los administradores, además, el cumplimiento de algunas obligaciones o prohibiciones concretas, como por ejemplo, la de confeccionar balances anuales o la prohibición de hacer concurrencia a la sociedad. Si no cumple con esas obligaciones concretas o transgrede alguna prohibición, la responsabilidad será contractual.

Si el estatuto contiene restricciones a las facultades de los administradores y alguno de estos celebra operaciones transgrediendo las restricciones, igualmente vincula a la sociedad, pero por ello será responsable. Su responsabilidad será contractual.

## **2. Opinión**

A los efectos de posicionarnos respecto a la naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal de los administradores, recurrimos al mismo esquema de razonamiento que hemos expuesto al analizar la naturaleza de las responsabilidades societarias. También en el caso de la responsabilidad por el déficit concursal, la respuesta de si su naturaleza es contractual o extracontractual, entendemos que depende de la fuente de su obligación.

Si la responsabilidad por el déficit tiene su origen en el incumplimiento de obligaciones o deberes concretos, sea su fuente el estatuto social, la Ley o el convenio homologado debe considerársela contractual. Son deberes concretos el

de solicitar oportunamente la declaración de concurso, de llevar contabilidad en forma regular, el de presentar documentos verídicos al solicitar el concurso, el de cumplir el convenio, el de no alzarse con los bienes sociales o hacerlos salir del patrimonio de la persona jurídica, el de no obstaculizar la eficacia de los embargos o el de simular una situación patrimonial ficticia.

Si la responsabilidad por el déficit tiene su origen en la violación de un deber genérico de no causar daño, tendrá naturaleza extracontractual. Así sucede en el caso de que la responsabilidad por el déficit se fundamente en lo dispuesto por los arts. 164.1 de la LCE o 192 LC, en tanto constituyen cláusulas generales de imputación de responsabilidad frente a cualquiera, por el daño injustamente causado por la generación o agravación de la insolvencia. La imputación encuentra su cauce inicial en la ilicitud de la lesión jurídica ocasionada y no en la violación de una obligación o deber concreto que tuvieron los administradores frente a los acreedores.

En cuanto tiene que ver, concretamente, con la naturaleza de la responsabilidad por el déficit del administrador de hecho, entendemos que la falta de investidura formal no debe incidir sobre su categorización. Por lo tanto, entendemos que les son aplicables las mismas distinciones que acabamos de efectuar, según la fuente de la responsabilidad por el déficit. Consecuentemente, según cuál sea esa fuente, su responsabilidad deberá ser categorizada como contractual o extracontractual.

### **3. Corolarios**

Como es evidente, es bastante probable que la responsabilidad por el déficit concursal tenga su fuente en múltiples acciones u omisiones de los administradores. Algunos de ellas podrán corresponder al incumplimiento del deber genérico de no causar daño y otras a la violación de deberes concretamente establecidos en la Ley, el estatuto o el convenio.

La posibilidad de que se yuxtapongan fuentes de responsabilidad y, por ende, las categorías ya la consideramos al exponer sobre los criterios de

distinción entre las modalidades de responsabilidad que aquí intentamos discernir. Entonces señalamos como, siguiendo el sistema opcional propuesto por la doctrina francesa, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española se admite la concurrencia de responsabilidades.

Corresponde analizar cuáles son las consecuencias de este posicionamiento sobre la responsabilidad de los administradores por el déficit concursal.

En primer lugar, la posición que se asuma no parece especialmente relevante en el Derecho español, por cuanto o bien se considera que la cuestión está solucionada en virtud de que el art. 949 del CCom establece un plazo cuatrienal de prescripción para todas las acciones contra los administradores, o bien se admite que como estrictamente no existe una acción de responsabilidad por el déficit, esta responsabilidad no se encuentra sometida a ningún plazo de prescripción. La cuestión sólo tendría importancia si se acepta la opinión de que el art. 949 del CCom sólo es aplicable a las acciones que ejerciten los socios (lo cual no surge del tenor literal del artículo).

En cambio, sí sería relevante desde la perspectiva de la legislación uruguaya, que no dispone una norma específica que establezca un plazo para la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Si la responsabilidad por el déficit se funda en el incumplimiento de deberes concretos, el plazo de prescripción es de veinte años. Si la responsabilidad se origina en el incumplimiento del deber genérico de no causar daño, el plazo de prescripción es de cuatro años. Si se yuxtaponen fuentes de responsabilidad, entendemos que por el principio *pro actione*, debe tomarse en consideración el lapso de prescripción mayor.

Sin perjuicio de lo que acabamos de señalar, compartimos que no proviniendo la responsabilidad por el déficit concursal de una acción propiamente dicha, tampoco corresponde aplicar plazo alguno de prescripción. Por lo tanto, un administrador de hecho o de derecho podría ser considerado responsable aunque la sección de calificación y la sentencia que cierra la misma se hubieran dictado pasados los plazos antedichos.

En segundo lugar, en cuanto a la repercusión de la atribución de una naturaleza contractual o extracontractual sobre la posibilidad del deudor de eximirse de responsabilidad acreditando la ausencia de culpa (en el primer caso) o la exigencia de que el perjudicado acredite la existencia del daño y la culpa del demandado (segundo caso), la relevancia de la cuestión es nula, por cuanto la legislación concursal dispone de normas específicas al respecto (arts. 164 y 165 LCE y 192-194 LC). Esto es objeto de un análisis específico en esta tesis, al tratar los presupuestos de la declaración culpable del concurso.

En tercer lugar, tampoco es relevante la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por el déficit en cuanto a si se extiende a los daños previsibles o incluso a los imprevisibles (en el caso de la legislación uruguayo). La responsabilidad prevista en el art. 201 de la LC está, por definición, circunscripta al pasivo que no pudo ser satisfecho por la concursada y tiene por tope el total del déficit.

## **II. Responsabilidad subjetiva u objetiva**

La calificación como culpable del concurso parte de un tipo básico recogido en el art. 164.1 de la LCE en el que la responsabilidad es nítidamente subjetiva, puesto que depende de que «*hubiera mediado dolo o culpa grave*». Sin embargo, al establecerse en el art. 164.2 seis supuestos, en los que «*en todo caso, el concurso se calificará como culpable (...)*», se genera la duda respecto a si, al menos en estos supuestos, se establece o no una responsabilidad de carácter objetivo. La duda podría mantenerse aun en los tres supuestos previstos que agrega el art. 165, en los que «*se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario (...)*».

## *A. Posición que considera que la responsabilidad por el déficit concursal es objetiva*

### **1. Doctrina**

Algunos autores destacan que el tipo descrito en el art. 164.1 se manifiesta inexorablemente – pero no exhaustivamente – en los seis supuestos que enumera el apartado segundo del art. 164, más los tres previstos en el art. 165. De acreditarse el acontecimiento de alguno de dichos supuestos, en principio, el concurso se considerará culpable, sin necesidad de investigar si la conducta de los administradores ha provocado o agravado el estado de insolvencia, ni de evaluar la existencia de dolo o culpa grave.

Por lo tanto, según esta doctrina, los contornos de la responsabilidad concursal se encontrarían delimitados por el juicio de imputación objetiva que, necesariamente, ha de realizar el juzgador al valorar la conducta de las personas afectadas por la calificación y su incidencia en los hechos generadores o agravatorios de la insolvencia, o en cualquiera de los que sirvan de base para la calificación culpable del concurso (arts. 164 y 165 LCE)<sup>849</sup>.

### **2. Jurisprudencia**

En la jurisprudencia española existen diversos pronunciamientos que se inclinan por atribuir carácter objetivo o cuasiobjetivo a la responsabilidad concursal por el déficit. Se afirma, en este sentido, que para condenar no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable, según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la LCE<sup>850</sup>.

---

<sup>849</sup> PRENDES CARRIL, «Recensión al libro "La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas" de Javier Valenzuela Garach», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 630.

<sup>850</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3, de 11/7/2008 (*ADCo* n° 17, 2009, p. 546).

En este sentido, la AP de Barcelona ha confirmado su parecer en cuanto a que el art. 172 bis de la LCE debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva. Esto significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales. No obstante, se advierte que esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales<sup>851</sup>.

### ***B. Posición que considera que la responsabilidad por el déficit concursal es subjetiva***

#### **1. Doctrina**

En otra posición, se considera que la responsabilidad por el déficit concursal no puede calificarse como objetiva. Los administradores responden por haber sido los causantes de la insolvencia o, al menos, por haberla agravado, dolo o culpa grave mediante<sup>852</sup>.

En la manifestación más radical de esta posición doctrinal, se recuerda que sin culpabilidad no existe responsabilidad<sup>853</sup>. Desde una perspectiva más conciliadora, a pesar de reconocer que la legislación concursal ha procurado objetivizar los supuestos de responsabilidad, éstos no llegan a desvincularse totalmente de la idea de culpa. Por el contrario, ésta aparece embebida en el propio incumplimiento legal<sup>854</sup>.

---

<sup>851</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 155 de 24/4/2012 (AC 2013/961) ponente GARNICA MARTÍN.

<sup>852</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)», *RDS*, n° 39 (2012), p. 359.

<sup>853</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 712.

<sup>854</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), p. 1433; BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad...» p. 355;

La doctrina señala que aunque el apartado 2 del art. 164 de la LCE contemple presunciones que permitan calificar automáticamente el concurso como culpable, no se está frente a supuestos de responsabilidad objetiva. La culpa grave o dolo conforman el supuesto de hecho sobre el que descansa la presunción. Una vez acreditada la conducta o el supuesto de hecho, no es preciso acreditar el estado psicológico-subjetivo del imputado<sup>855</sup>.

Esto significa que la persona a quien se imputa el dolo o la culpa grave en la causación o agravación del estado de insolvencia, puede eximirse de responsabilidad, no sólo mediante la acreditación de la ausencia de nexo causal - que la conducta no generó ni agravó el estado de insolvencia - sino mediante la prueba de la ausencia de culpa<sup>856</sup>.

---

BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 299; BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 75; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2008), pp. 2522 y ss.; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades* (2004), p. 392.

El CCom francés expresamente alude a la *faute de gestion* y los tribunales exigen la culpa grave para que el administrador pueda ser condenado (Sentencia del Tribunal de Bourges de 3/6/1998; Sentencia del Tribunal de París de 8/9/2000). Constituyen *fautes de gestion* la prosecución de una explotación deficitaria (AACass.Com. de 13/11/1990, 27/4/1993 y 30/3/1999); las maniobras destinadas a enmascarar la situación real de la sociedad, confundiendo la opinión de quienes le otorgaron crédito (ACass.Com. 18/1/2000); la autorización de una remuneración excesiva para sí mismo (ACass.Com., de 4/1/2000); el retraso en la declaración de cesación de pagos (ACass.Com. 8/12/1998).

<sup>855</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 75.

<sup>856</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13, p. 1754; CÁMARA ÁGUILA, «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, coord. BERCOVITZ

## 2. Jurisprudencia

En la jurisprudencia partidaria de esta posición se argumenta que la calificación del concurso no está ligada al estado de insolvencia, sino a la conducta del administrador, liquidador o apoderado general, en la causación o agravación de dicho estado<sup>857</sup>. Estaríamos frente a una responsabilidad de carácter subjetivo, por más que se impute bajo la presunción de culpa<sup>858</sup>. Es culpable el concurso en aquellos supuestos en que el origen o el empeoramiento de la insolvencia descansan en una conducta dolosa o con culpa grave por parte del deudor, lo que exige un elemento intencional o subjetivo en el proceder, conforme al cual ha infringido los deberes más elementales que sobre él recaen y que tienden a evitar la producción de un estado de insolvencia o su agravamiento<sup>859</sup>.

Estas conclusiones no se alteran, ni siquiera en el caso de que sean aplicables las presunciones legales del art. 164.2, puesto que - aun para quien las consideran como presunciones *iure et de iure*<sup>860</sup> - esto no convierte a la calificación en automática<sup>861</sup>, pues cada uno de los supuestos está *modalizado* por elementos jurídicos abiertos o conceptos en blanco, que requieren de valoración en el caso

---

RODRÍGUEZ-CANO (2004), p. 1754; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario...*, t. 2, p. 2526.

<sup>857</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 391).

<sup>858</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040); SAP de Barcelona, Sec. 15, de 6/2/2006, de 9/3/2006 y de 27/4/2006 (*ADCo*, n° 8 y 9, 2006, pp. 361, 314 y 319).

<sup>859</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13/9/2010 (*ADCo* 2011-2, pp. 391 y 392).

<sup>860</sup> Esta consideración no es unánime. En SJM de La Coruña n° 1, se apreció como discutible que sean verdaderas presunciones *iuris et de iure*. En su lugar, esta Sede estimó que las distintas hipótesis del art. 164.2 de la LCE, más bien tratan de conductas típicas que determinan una calificación del concurso como culpable y que se añaden a la cláusula abierta o general del 164.1 (SJM 1 de La Coruña, de 20/6/2006, *AC* 2007\203).

<sup>861</sup> SJM de Valencia 1, de 28/9/2007 (*TOL* 1290089, *JUR* 2008\ 350820). VILATA MENADAS, op. cit., p. 139.

concreto. Así, por ejemplo, el incumplimiento contable debe ser sustancial y las irregularidades relevantes<sup>862</sup>; la inexactitud documental debe ser grave; el incumplimiento del convenio debe proceder de causa imputable al concursado; el alzamiento debe resultar perjudicial; la distracción patrimonial debe ser fraudulenta<sup>863</sup>; y la simulación debe provocar una situación patrimonial ficticia.

### ***C. Tendencia de la legislación y la jurisprudencia hacia la responsabilidad objetiva***

#### **1. Legislación española**

Diversas normas de la legislación española, desde hace ya algunos años, consagran responsabilidades objetivas en cabeza del empresario, por entenderse que deben asumir el *estado de riesgo* por ellos creado, tanto frente a sus contratantes como frente a terceros<sup>864</sup>. Esta cuestión, obviamente, guarda estrecha relación con la función de garantía que alguna doctrina le atribuye a la responsabilidad por el déficit, según expondremos más adelante.

---

<sup>862</sup> En este sentido y desestimando los agravios del administrador recurrente, la SAP de Madrid, de 30/1/2009, destaca que la información contable de dos ejercicios presentaba irregularidades y deficiencias tan relevantes que no resultaba posible, a la vista de la misma, poder llegar a conclusiones fiables sobre cuál era la situación real del concursado, resultando trascendente para comprender la génesis y evolución de la empresa que acabó en situación de concurso (SAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009, AC 294).

<sup>863</sup> En SJM de Palma de Mallorca n° 1, se dictaminó que en la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio de la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, la presunción de culpabilidad no derivaba de la clandestinidad de los pagos efectuados o de los actos dispositivos llevados a cabo, sino de la falta de justificación de esos hechos a la vista de las deudas existentes (SJM 1 de Palma de Mallorca, de 11/6/2008, ADCo 17, 2009-2, p. 605).

<sup>864</sup> BROSETA PONT, op. cit., v. 1, p. 117.

***a. Legislación sobre responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor***

El RDL 8 de 29 de octubre de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor impone una responsabilidad objetiva pura en el caso de daños personales y la responsabilidad general del art. 1902 del CCE que, según la doctrina, va hacia la objetivación, en el caso de daños patrimoniales<sup>865</sup>. En su art. 1 se dispone que el conductor (y, también, el propietario y el asegurador) de vehículos a motor está obligado a reparar los daños causados a las personas o en los bienes, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos. El conductor o los demás obligados quedan exonerados de brindar indemnización por el daño personal, sólo cuando se produce la ruptura del nexo causal: por la acción de tercero, por acción del propio perjudicado o por fuerza mayor, siempre que sea extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo.

***b. Legislación sobre navegación aérea***

La Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1906, en lo que hace al Derecho español, y el Reglamento Relativo a la Responsabilidad de las Compañías Aéreas Respecto al Transporte Aéreo de los Pasajeros y su Equipaje, de 9 de octubre de 1997, modificado por el Reglamento de 13 de mayo de 2003, en cuanto al Derecho comunitario, imponen la obligación objetiva pura de indemnizar los daños personales y los daños causados a equipaje o mercancía, por pérdida o retraso, con un límite cuantitativo a la indemnización. Respecto a los primeros, la obligación ni siquiera se excluye por fuerza mayor<sup>866</sup>.

---

<sup>865</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 816.

<sup>866</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, p. 817.

***c. Legislación sobre energía nuclear***

La Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 establece la obligación de responder por los daños que produzca una empresa explotadora de una instalación de energía nuclear o que produzca o trabaje con materiales radiactivos. Esa obligación tiene carácter objetivo, pues sólo se elimina si se produce la ruptura del nexo causal, lo que ocurrirá si el daño se ha producido por causa del perjudicado o si el daño se produjo por fuerza mayor, como puede serlo el conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional<sup>867</sup>.

***d. Legislación de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen***

La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, establece un elenco de conductas – aunque no como *numerus clausus* – que son tipificadas como «*intromisiones ilegítimas*» y dan lugar a una indemnización por el perjuicio causado, que se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Esta obligación tiene carácter objetivo puro. No se plantea, siquiera, la concurrencia de dolo o culpa<sup>868</sup>.

***e. Legislación para la defensa del consumidor***

En el RDL 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 26, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), se establece la obligación de reparar el daño causado a los consumidores y usuarios por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios, con carácter relativamente objetivo. Se exonera de esta responsabilidad si se prueba la ruptura del nexo causal porque la causa se halla en la actuación del propio perjudicado o de un tercero, o porque se han cumplido las exigencias y

---

<sup>867</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, id., pp. 817 y 818.

<sup>868</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, id., p. 818.

requisitos reglamentarios y los cuidados y diligencias que exija el producto o servicio<sup>869</sup>.

En el caso de aquellos productos o servicios que, por su propia naturaleza o por estar establecido reglamentariamente, incluyen garantías de seguridad o controles de calidad, la responsabilidad es puramente objetiva. Este es el caso de los productos alimenticios, de higiene y limpieza, cosméticos, farmacéuticos y electrodomésticos, ascensores, vehículos de motor, juguetes y productos para niños, así como los servicios sanitarios, de gas, electricidad y transporte<sup>870</sup>.

Respecto al daño causado por producto defectuoso, el art. 128 de la LGDU – recogiendo lo establecido por la Ley de 6 de julio de 1994 - impone la obligación objetiva de indemnizar al fabricante, distribuidor o importador, a no ser que se pruebe que no existe nexo causal entre el producto y el daño<sup>871</sup>.

#### ***f. Legislación sobre contratación del sector público***

En el art. 225.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - aprobado por Real Decreto Legislativo 3 de 14 de noviembre de 2011 – se establece que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determina para ella «*con carácter general*», el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen. Es decir, que se requiere la prueba del nexo causal, pero no de culpa de la Administración. La norma en análisis, por lo tanto, se aparta de la exigencia de actuación culposa en sentido lato, que se deriva del art. 1101 del CCE para la responsabilidad contractual.

La intención de establecer una responsabilidad objetiva de la administración queda confirmada por la diferente configuración de la responsabilidad del contratista, en el § subsiguiente del art. 225. En el art. 225.3 se establece que el

---

<sup>869</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, id., pp. 818 y 819.

<sup>870</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, id., p. 819.

<sup>871</sup> BROSETA PONT, op. cit., v. 1, p. 117.

contratista debe indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados, cuando el contrato se resuelva por su «*incumplimiento culpable*».

## 2. Jurisprudencia del TS

### a. Jurisprudencia general del TS

El TS ha venido exponiendo, desde hace ya tiempo, una tendencia a objetivizar la obligación de reparar el daño<sup>872</sup> y va, cada vez más, hacia la responsabilidad objetiva<sup>873</sup>. En la década de los ochenta, la jurisprudencia marcó un punto de inflexión en su evolución, al considerar – en STS de 14 de junio de 1983 - probada la acción u omisión, el nexo causal y la producción del daño, se presumió la culpa. Esto es, se entendió que no se había tomado la diligencia necesaria pues, de haberla tomado, no se habría causado el daño<sup>874</sup>.

Diez años después, en sentencia de 5 de octubre de 1994, sin perjuicio de reconocer el carácter básico del principio de la responsabilidad por culpa para el

---

<sup>872</sup> SSTS de 29/3/1983 y 25/4/1983 (RJ 1983, 1652 y RJ 1983, 2123); de 9/3/1984 (RJ 1984, 1207); 21/6/1985 y 1/ 10/1985 (RJ 1985, 3308 y RJ 1985, 4566); de 24 y 31/1/1986 y 2/4/1986 (RJ 1986, 329, RJ 1986, 444 y RJ 1986, 1788); de 19/2/1987 y 24/10/1987 (RJ 1987, 719 y RJ 1987, 7471); de 5/4/1988, 25/4/1988, 5/5/1988 y 30/5/1988 (RJ 1988, 2652, RJ 1988, 3277, RJ 1988\3879 y RJ 1988, 4352); de 17/5/1989, 9/6/1989, 21/7/1989, 16/10/1989, 12/11/1989 y 21/11/1989 (RJ 1989, 3771, RJ 1989, 4415, RJ 1989, 5772, RJ 1989, 6923 y RJ 1989, 7897); de 26/3/1990, 8/1/1990, 21/11/1990, 26/11/1990 y 13/12/1990 (RJ 1990\1731, RJ 1990\8534, RJ 1990\9014, RJ 1990\9047 y RJ 1990\10002) y de 5/2/1991 (RJ 1991\991).

<sup>873</sup> MORALES MORENO, «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, p. 200, O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, p. 806.

<sup>874</sup> En el caso, una chica que se bañaba en una piscina municipal, sufrió un corte de digestión y murió. Respecto a la cuestión que aquí estamos tratando, la STS afirma: «(...) *la doctrina de esta Sala de que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales vigentes para prever y evitar los daños posibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que no se hallaba completa la diligencia*».

ordenamiento positivo español, acogido en el art. 1902 del CCE y que su aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, el TS entendió que procedía la inversión de la carga de la prueba, aludiendo al riesgo como fundamento de la obligación de resarcir<sup>875</sup>.

De acuerdo con esta tendencia, la jurisprudencia del TS ha ido evolucionando hacia una minimización del culpabilismo originario, es decir, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi objetivas. Este acercamiento de la jurisprudencia del TS, a la *responsabilidad por riesgo*, según expresamente se reconoce en la sentencia, se ha entendido justificado, en mayor medida, por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de poner a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor<sup>876</sup>.

Más adelante, el amplio catálogo de casos que presenta la práctica hizo necesario recurrir a la dogmática de la responsabilidad civil extracontractual, en busca de reglas que ayudasen a resolver problemas que se designaron como de *imputación objetiva* y de *imputación subjetiva*. Para eso se volvió, de modo impreciso, a la idea del *daño en sentido amplio*<sup>877</sup>. Sin embargo, todavía en su sentencia de 28 de abril de 2006, el TS niega que la presunción de culpa pueda convertir a los administradores en garantes de la sociedad<sup>878</sup>.

---

<sup>875</sup> STS de 5/10/1994, redactada por BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA (RJ 7453), que rechaza el recurso de casación interpuesto por el actor, en un juicio declarativo de menor cuantía, por daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual.

<sup>876</sup> STS de 5/10/1994 (RJ 1994\7453).

<sup>877</sup> STS de 26/6/2006 (RJ 2006\3747).

<sup>878</sup> STS de 28/4/2006 (RJ 2006\4111).

***b. Jurisprudencia del TS respecto al carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad por el déficit concursal***

Desde su sentencia de 28 de abril de 2006, el TS descarta que la responsabilidad concursal pudiera ser considerada como objetiva, por más que se impute bajo la presunción de culpa<sup>879</sup>.

En su jurisprudencia actual, moderando o precisando dicha consideración, el TS ha manifestado, repetidas veces, que es preciso que el juez llegue a la conclusión de condenar tras valorar, conforme a criterios normativos, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores, en relación con la actuación que, imputada al órgano social del que forman parte, haya influido en la calificación del concurso como culpable<sup>880</sup>.

**3. Jurisprudencia de las AP**

La AP de Pontevedra ha considerado que la valoración de la conducta del deudor implica un acto de imputación subjetiva, por incumplimiento de específicos deberes como causa de la insolvencia o como determinante de su agravación. En particular, en lo que respecta a la condena por el déficit concursal, se requiere la concreción de responsabilidades entre las personas afectadas por la calificación, graduando las respectivas responsabilidades en función de la gravedad de las conductas imputadas<sup>881</sup>.

***Nuestra posición***

Pese a la contundencia de la doctrina y jurisprudencia hasta aquí expuesta, en nuestra opinión, no se puede dar una respuesta general a la cuestión de la

---

<sup>879</sup> STS de 28/4/2006 (RJ 2006\4111).

<sup>880</sup> STS n° 255, de 26/4/2012 (ROJ 2877\2012) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL. También, SSTS n° 259, de 20/4/2012 (ROJ 2883\2012); n° 142, de 21/3/2012 (ROJ 2542/2012); n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084).

<sup>881</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 34 de 22/1/2013 (AC 2013/881) ponente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

naturaleza jurídica de los supuestos previstos en los arts. 164.2 de la LCE y 193 de la LC. Debe distinguirse según cuál sea el deber que se incumple y la particular configuración legal de cada supuesto.

En términos generales, esos supuestos refieren al incumplimiento de determinados deberes elementales de los administradores sociales, en especial el de lealtad. No obstante, corresponde advertir que en algunos de los supuestos, el incumplimiento de los deberes vinculados a la administración social conlleva una calificación culpable del concurso, sin necesidad de que se haya incurrido en culpa. No siendo la culpa el fundamento de la calificación culpable del concurso, en esos casos, parece obvio que no cabe aducir como prueba de descargo la ausencia de culpa, lo cual aproxima a estos supuestos a hipótesis de responsabilidad objetiva.

Así, por ejemplo, en el supuesto previsto en el art. 164.2.1°, sólo se podrá evitar la calificación culpable del concurso, demostrando que se cumplió con el deber de llevar contabilidad en debida forma, que no se llevaba una doble contabilidad o, en todo caso, que el incumplimiento en la llevanza no fue sustancial o que la irregularidad no fue relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. El grado de la culpa, en este caso, es indiferente<sup>882</sup>.

Del mismo modo, en caso de acompañar a la solicitud de de-claración de concurso o presentar durante la tramitación del procedimiento, documentación falsa (art. 164.2.2°), es indiferente cuál sea el grado de culpa atribuible al administrador social. Éste sólo puede apelar a demostrar la veracidad de la documentación. Es evidente que la falsedad grave de la documentación presentada no pudo haber incidido sobre la causación o agravación de la in-solvencia, pero constituye un indicio muy fuerte de que se preten-de engañar al juez, al administrador concursal y a los acreedores.

---

<sup>882</sup> GAMARRA, «Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad», *ADCU*, t. 13 (1983), p. 131.

Es el caso, también, previsto en el art. 164.2.2º, en que la documentación presentada adolezca de graves inexactitudes. Éstas no necesariamente se deberán a dolo o culpa grave, pero es indiferente que obedezcan a negligencia. La prueba de la inexistencia de dolo o culpa grave, no releva al concurso de su calificación culpable. El administrador social sólo podrá evitar la calificación culpable, demostrando la exactitud de la documentación presentada, o, al menos, que la inexactitud no es grave.

El supuesto previsto en el art. 164.2.3º es más interesante todavía, puesto que para que el incumplimiento del convenio pueda determinar la calificación culpable, es preciso demostrar que ha sido debido a «*causa imputable al concursado*»<sup>883</sup>. Esto implica que, para evitar la calificación culpable, se debe demostrar que el incumplimiento se debió a fuerza mayor, caso fortuito o al hecho de un tercero, lo cual no tiene que ver con la culpa sino con el nexo causal.

Parece claro que varios de los supuestos dependen en su configuración, precisamente, de la prueba de la concurrencia de algún grado de culpabilidad. Así, por ejemplo, en el nº 5 del art. 164.2 de la LCE existe un condicionamiento expreso a que se acredite que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea *fraudulenta*. El fraude, en su acepción más restrictiva, implica un acto de disposición con la voluntad y conciencia de que ese acto perjudicará la garantía común de sus acreedores, lo cual implica dolo. En su acepción más amplia, como fraude pauliano - que estimo preferible - supone el conocimiento real o debido, de la insolvencia, lo cual implica, al menos, culpa grave. Como fuere, la imputación de responsabilidad basada en este apartado, requiere la constatación de algún grado elevado de culpabilidad, lo cual conduce, necesariamente, a admitir que se está frente a una responsabilidad de tipo subjetivo.

---

<sup>883</sup> El art. 204 de la LC establece: «*En caso de incumplimiento del convenio el concurso se calificará culpable cuando en ese incumplimiento hubiera existido dolo o culpa del deudor.*»

De un modo similar, en el supuesto previsto en el art. 164.2.4º, el dolo se encuentra implícito en el término *alzado*. La expresión *alzarse* constituye un arcaísmo referido a la ocultación del propio deudor y sus bienes, para eludir el pago de sus deudas, de modo de hacer ineficaces los medios que dispone la Ley para que los acreedores puedan satisfacer sus derechos de crédito<sup>884</sup>. La *ocultación* implica, obviamente, un acto voluntario destinado a la consecución de un determinado efecto perjudicial para los acreedores, lo cual supone dolo. Aquí, también, la responsabilidad sólo es imputable si se demuestra que existió dolo. Sin dolo no existe alzamiento ni ocultamiento, por definición.

Diferente es el caso, también, previsto en el art. 164.2.4º de la LCE, en que el supuesto de calificación culpable está constituido por la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo. En este caso, la norma no incluye ninguna mención que permita ingresar al análisis de la existencia o no de culpa. La única defensa posible radicaría en la negación de la existencia del acto o en la prueba de que el acto no es imputable a los administradores (extremo que no tiene que ver con la culpa sino con el nexo causal).

Por último, en el caso del supuesto previsto en el nº 6 del art. 164.2, la utilización de la palabra *simular*, conduce necesariamente a la consideración de un elemento intencional que sólo se puede configurar a título de dolo. Por lo tanto, la responsabilidad imputable en función de este numeral es, también, de carácter subjetivo.

---

<sup>884</sup> BACIGALUPO SAGGESE invoca una sentencia histórica del TS de 13/3/1882, que precisaba que «*deben estimarse que se alza con sus bienes conforme al sentido de esta palabra, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores*» (BACIGALUPO SAGGESE, «Insolvencia y Derecho Penal», *RDCP*, nº 13, p. 130). Ver, también, PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* (2005), p. 402.

### *Capítulo tercero: Función de la responsabilidad por el déficit concursal*

La determinación de la función de la responsabilidad concursal por el déficit ha sido considerada, por algunos, como una de las cuestiones de mayor relevancia, puesto que de ello dependen los presupuestos sustanciales exigibles para la condena de los administradores como responsables concursales<sup>885</sup> y, por otros, como puramente nominalista<sup>886</sup>. El propio TS, sin negarle actualidad a la cuestión, la considera de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos legales<sup>887</sup>.

Sin embargo, las diferentes posiciones asumidas sobre este tema por las AAPP y JJM, provocó que, con la finalidad de mitigar los eventuales efectos del concurso sobre los administradores, sociedades ubicadas en Madrid (cuya AP, como se verá, sustentaba la tesis sancionadora) trasladaran el domicilio social a Barcelona (cuya AP, originalmente, prefería la tesis resarcitoria). De modo que resulta evidente que a los administradores societarios y otros eventuales responsables, la diferencia no les ha parecido banal, sino generadora de una desigualdad de trato en función de la diversa competencia territorial de los tribunales<sup>888</sup>.

La STS de 6 de octubre de 2011<sup>889</sup> parecería haber clarificado en España, en cierta medida, la discusión sobre la función<sup>890</sup> sancionatoria o indemnizatoria de

---

<sup>885</sup> MORALES BARCELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia* (2013), p. 473.

<sup>886</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal...», *RDS*, n° 39 (2012), p. 359.

<sup>887</sup> STS n° 142 de 21/3/2012 (*ROJ* 2542\2012).

<sup>888</sup> TORRUBIA CHALMETA, «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», *RDM*, n° 287, Aranzadi Insignis BIB 2013/391, pp. 3 y 4.

<sup>889</sup> STS n° 644 de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084).

la responsabilidad por el déficit concursal, estableciendo un criterio para decidir sobre la condena o no a la cobertura del déficit, que resultaría consolidado por su jurisprudencia subsiguiente. No obstante, la jurisprudencia de los tribunales inferiores ha interpretado diversamente la jurisprudencia referida, por lo que continúa manteniéndose la discrepancia entre aquellos que sostienen que nos encontramos ante una responsabilidad indemnizatoria o por daño, quienes abogan por la responsabilidad sanción, a modo de pena civil, y quienes le atribuyen una función de garantía.

De la posición que se adopte dependen, principalmente dos cosas. La primera de ellas es la exigencia de los presupuestos clásicos de la responsabilidad por daño, en especial, al nexo causal entre las acciones y omisiones de los afectados por la calificación culpable del concurso y la insolvencia, a los efectos de condenarles o no a la cobertura del déficit<sup>891</sup>. Consecuentemente, un posicionamiento a este respecto incide en materia de embargo concursal y sobre la cuestión de la preceptividad o no de la condena por el déficit, entre otras cuestiones. La segunda de ellas se relaciona con la coordinación entre la responsabilidad por el déficit con la responsabilidad por daño prevista en la propia legislación concursal (art. 172.2.3° LCE y art. 201 n° 4 LC) y en la legislación societaria, tema al que le dedicaremos un capítulo especial más adelante.

---

<sup>890</sup> En general, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a lo que en este trabajo denominamos *función* como *naturaleza*. Preferimos el término *función* por ser menos ambiguo que el de *naturaleza* (LE PERA, *La naturaleza jurídica* [1971], p. 78).

Por otra parte, estrictamente, la responsabilidad civil es una. No existen dos ni tres clases de responsabilidad sino que a la responsabilidad se le atribuyen diversas funciones y las diversas legislaciones establecen regímenes diferentes, según la función que se le atribuya en cada caso (GAMARRA, *Responsabilidad contractual...*, p. 11).

<sup>891</sup> Sobre este punto en particular, la posición del TS es hoy clara.

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que adopta medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, incorporó una frase final al primer apartado del art. 172 bis, que disequilibra el debate en favor de aquellos que atribuyen a la responsabilidad concursal una función indemnizatoria. En su nueva redacción, la norma exige expresamente, como condición para que proceda la condena por el déficit concursal, que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

## I. Función punitiva o sancionatoria

Aquellos que le han atribuido a la responsabilidad por el déficit concursal una función sancionadora o punitiva (pena civil), consideran que ésta se encuentra totalmente desvinculada del daño que los administradores pudieran haber causado al patrimonio social o a los acreedores<sup>892</sup>. Se trataría de una *responsabilidad-*

---

<sup>892</sup> ALCOVER, «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores...», *RDCP*, v. 4 (2006), pp. 81 y 82; BELTRÁN, «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 13 (2008), pp. 352 y 353; BOLLO, «Responsabilidad civil de administradores...», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), pp. 1692-1696; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los administradores...», *Comentarios a la Ley Concursal* (2004) p. 715; FERNÁNDEZ PÉREZ, «Efectos de la calificación», *Ley Concursal...*, t. 2 (2002), pp. 647-672; GARCÍA-CRUCES, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores...* (2011) pp. 316-333; GARNICA, «El levantamiento del velo de la persona jurídica», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (2005) p. 122; GUERRERO y GÓMEZ, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades...», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, pp. 1975-1977 (2005); HERRERA, «El crédito contra los administradores en la sección de calificación...», *ADCo*, n° 10 (2007), pp. 480-487; LÓPEZ DE MEDRANO, «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *ADCo*, n° 12 (2007), pp. 66-68; LLEBOT, «La responsabilidad concursal de los administradores», *RGD*, v. 657 (1999), p. 7564; MACHADO, *El concurso de acreedores culpable...* (2006), pp. 264-270; MARÍN, «Deberes y responsabilidad de los administradores...», *RDS*, n° 24 (2005), p. 312; MARÍN DE LA BÁRCENA, «La insolvencia de las sociedades de capital...», *RDM*, n° 277 (2010), pp. 882 y ss.; MORILLAS, *El concurso de*

*las sociedades* (2004), pp. 389 y 390; MUÑOZ GARCÍA, «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores...», *RDS*, n° 28 (2007), pp. 212 y 215; PÉREZ DE LA CRUZ, «La calificación del concurso y sus consecuencias...», *La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial* (2004), pp. 499 y 500; PERTÍÑEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales...», *AC*, n° 1 (2009), pp. 15-49; PRENDES, «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal...», *AJA*, n° 731 (2007); QUECEDO, «Sentencia de calificación (art. 172)», *Derecho concursal práctico, comentarios a la nueva Ley Concursal* (2004), pp. 779 y 780; QUIJANO, «Responsabilidad societaria...», *RDCP* (2009), n° 10, pp. 26 y ss; RAMOS MONTESA, «Art. 172, Sentencia de calificación», *Nueva Ley Concursal...* (2004) p. 747; RODRÍGUEZ ESPARZA, «Deberes y responsabilidad del administrador...», *La responsabilidad de los administradores...* (2005), p. 158; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA, *La responsabilidad de los administradores...* (2008). p. 632; ROJO, «La experiencia española», *Crisi dell'impresa...* (2006), pp. 205 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2007), p. 455; VELA, «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso...», *RDCP*, n° 3 (2005), p. 101; VICENT, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, n° 4 (2006), pp. 55 y ss.; VIÑUELAS, «Recensión al libro "El concurso de acreedores culpable..." de J. Machado Plazas», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 622.

En torno al criterio asentado por la SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2008 (SSAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008, *AC* 2008\834; *ADCo* n° 17, 2009, pp. 533 y ss., ponente SARAIZA JIMENA, de 26/6/2009, *AC* 2009\2065; de 30/1/2009, *AC* 2009\294 y de 6/3/2008, *ROJ* 2009\236331), buena parte de las AAPP han atribuido a la responsabilidad por el déficit concursal, una función sancionatoria. Esta posición ha sido mantenida por la jurisprudencia de las AAPP de Alicante, Asturias, Cáceres, Córdoba, Jaen, Granada, Huesca; La Coruña, Lleida, León, Murcia, Palma de Mallorca, Pontevedra, Terragona, Valladolid y Zaragoza (SSAP de Alicante, Sec. 8, de 12/3/2009, *JUR* 2009\249493, *AC* 2009\907, d1e 11/3/2009, *JUR* 2009\249587), de 24/2/2009, *JUR* 2009\250974; n° 37 de 27/1/2009, *JUR* 2009\192847, de 13/1/2009, *JUR* 2009\129977 y de n° 484 de 18/12/2008, *AC* 2009\262. SAP de Asturias, de 13/11/2009. SAP de Cáceres, de 29/4/2010, *AC* 2010\1020. SAP de Córdoba, Sec. 3, de 15/7/2008, *JUR* 2009\95657; de 11/7/2008, *ADCo*, n° 17, 2009, pp. 545 y ss., y 28/3/2008 *JUR* 2008\834. SAP de Jaen, Sec. 15, n° 189 de 25/9/2009, *AC* 2009\2049. SSAP de Granada, Sec. 3, de 15/5/2009, *AC* 2009\1091, n° 421 de 14/10/2008, *JUR* 2009\52030 y n° 519 de 14/12/2007, *AC* 2008\1605. SAP de Huesca, Sec. 1ª, n° 19 de 29/1/2008, *JUR* 2008\124208. SAP de La Coruña, de 26/6/2009, *AC* 2009\1742. SAP de Lleida, Sec. 2, de 4/1/2010, *AC* 2010\318. SAP de León, Sec. 1ª, de 13/10/2009, *JUR* 2009\468889. SAP de Murcia, Sec. 4ª,

*sanción*, que no requiere una relación de causalidad entre la conducta del administrador social y la insuficiencia patrimonial y, consecuentemente, desvinculada del daño que los administradores pudieran haber causado al patrimonio social o a los acreedores<sup>893</sup>.

En este sentido, en la jurisprudencia uruguaya se ha considerado que la norma en análisis es «*sancionatoria de integrantes de la sociedad omisos en sus funciones o que hayan actuado en perjuicio directo de la masa social y de sus acreedores, deshonrando así sus deudas.*»<sup>894</sup>.

### ***A. Concepto de sanción civil***

La doctrina califica a la responsabilidad por el déficit como *sanción civil*, sin que exista una concepción precisa de lo que se debe entender como tal<sup>895</sup>. La

---

nº 329 de 31/7/2008, AC 2008\1743; SSAP de Palma de Mallorca, Sec. 5<sup>a</sup>, de 16/2/2011 y de 10/12/2009. SSAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, de 20/1/2012, AC 2012\286; de 27/5/2009, AC 2009\1577 y de 27/11/2008, AC 2008\121; SAP de Valladolid, Sec. 3<sup>a</sup>, de 10/1/2012, Tol 2407006; SAP de Zarazoga, Sec. 5<sup>a</sup>, nº 606 de 18/10/2010, AC 2010\1798), así como en varios de los Juzgados en lo Mercantil (SSJM nº 1 de Alicante de 13/1/2011, AC 2011\37; de 31/7/2009, ADCo, nº 17, 2009-2, pp. 604-607 y nº 484 de 18/12/2008, AC 2009\262; SJM de Barcelona, de 31/5/2006 AC 2007\204; SJM nº 1 de Cádiz, de 5/5/2006 AC/844; SJM de Lleida de 11/11/2008 AC 2009\254; SSJM nº 1 de Madrid, de 16/1/2007, AC 2007\857 y de 16/2/2006 AC 2006\238; SJM nº 1 de Málaga, de 13/2/2009, AC 2009\736; SJM nº 1 de Oviedo, de 19/9/2008, AC 2008\375).

<sup>893</sup> Los postulados que maneja la doctrina española coinciden con los expresados en la SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2008 (SAP de Madrid, Sec. 28, nº 31 de 5/2/2008, AC 2008\834; ADCo nº 17, 2009, pp. 533 y ss.; ponente: SARAZA JIMENA) y que, en buena medida, han sido asumidos por la jurisprudencia reciente del TS (STS nº 501 de 16 de julio de 2012 (ROJ 5172/2012)). En esta sentencia el TS declaró que la función de la responsabilidad concursal no era la de indemnizar un daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino que era un supuesto de responsabilidad por deudas ajenas.

<sup>894</sup> STAC de 2º t., nº 182, de 8/8/2012 (SJM), ponente: FRANÇA NEBOT.

<sup>895</sup> CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, p. 121; RUÍZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del

sanción es una reacción del Derecho con la finalidad de conservarse a sí mismo y devenir efectivo, aplicable tanto en el ámbito penal, como en el administrativo, o en el civil<sup>896</sup>. Puede consistir, por ejemplo, en una nulidad, inhabilitación o responsabilidad, privando de un derecho o generando una obligación con la finalidad de castigar al transgresor de la norma<sup>897</sup>. La sanción civil algunas veces tiene origen contractual – como en el caso de la cláusula penal - y otras veces es establecida legalmente<sup>898</sup>. En el caso de la cláusula penal, la doctrina le atribuye la finalidad de hacer los contratos *más firmes y mejor cumplidos*, más allá del resarcimiento que pudiera obtener el acreedor. Esa finalidad explica que la estipulación penal supere la cuantía de los daños o se pacte en forma acumulativa a estos<sup>899</sup>.

Se denomina sanción civil, en sentido amplio, a «*todo efecto personal o patrimonial establecido en el ámbito del Derecho privado como reacción ante el incumplimiento de un deber*». En sentido restrictivo, la sanción civil es definida como una «*medida aflictiva de carácter patrimonial establecida para el caso de incumplimiento de un deber que no tiene por finalidad la reparación del daño causado sino el reproche de la conducta y cuyos beneficiarios son los propios*

---

artículo 262.5 LSA (artículo 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo», *RDM*, n° 224 (2002), p. 488; VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 84 y 85.

<sup>896</sup> CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (1989), pp. 101-115; PADOVANI, «Lectio brevis sulla sanzione», *Le pene private*, pp. 57-78 (1985).

<sup>897</sup> BUSNELLI y SCALFI, «Verso una riscoperta delle pene private?» *Le pene private*, p. 4 (1985); THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, pp. 33-36 (1951).

<sup>898</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA)», *RDS*, n° 5 (1995), p. 281.

<sup>899</sup> BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, prestación principal y el resarcimiento del daño* (1996), p. 37, DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal* (1992), pp. 35-54, ESPÍN ALBA, *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena* (1997), p. 52.

*particulares a los que afecta el incumplimiento del deber y no el Estado»<sup>900</sup>. Por contraposición a la responsabilidad resarcitoria o indemnizatoria, la sanción civil se impone como consecuencia de la valoración negativa de una conducta, con independencia del daño causado y de su cuantificación<sup>901</sup>. Su finalidad, en definitiva, es la prevención de determinadas conductas, en la suposición de que los administradores, concedores de la responsabilidad que asumen, tanto sean de hecho como de derecho, tratarán de cumplir con la Ley y los estatutos, con la mayor diligencia y lealtad, evitando dañar abusivamente a terceros<sup>902</sup>. En caso de contravención, la aplicación de la sanción significa la imposición de un «*castigo ejemplar*»<sup>903</sup>, con el objetivo de la «*moralización de las conductas*»<sup>904</sup> o de «*asegurar la vigencia de unas exigencias éticas mínimas*»<sup>905</sup>.*

---

<sup>900</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 85.

<sup>901</sup> NAVEIRA ZARRA, «La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis del Derecho de daños», *RDP*, n° 87 (2003), p. 383.

<sup>902</sup> Quedan excluidas del concepto de *sanción civil*, las multas que, ante determinadas infracciones legales, se imponen en algunos sectores de la legislación mercantil, como es el caso de las *indemnizaciones coercitivas*, previstas en el art. 44 de la Ley de Marcas 17/2001. En ese artículo se dispone que «*cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación*».

Existen disposiciones similares en el ámbito del Derecho de la competencia, de la propiedad industrial o del mercado de valores. Estas sanciones tienen un carácter administrativo (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La responsabilidad de los administradores...», *RDS*, n° 20 (2003), p. 109; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RDS*, n° 19 (2002), p. 281; VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 82).

<sup>903</sup> RUÍZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores...», pp. 488 y 489.

<sup>904</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación...*, p. 90.

<sup>905</sup> SAP de Zaragoza, Sec. 5ª, n° 606 de 18/10/2010 (AC 2010\1798) ponente MARTÍNEZ ARESO.

La jurisprudencia española ha utilizado la expresión *sanción civil* en sentido amplio, como consecuencia jurídica derivada de la aplicación de una norma, para recalcar el hecho de que la responsabilidad de los administradores por el déficit concursal no cumple una función indemnizatoria<sup>906</sup>. La jurisprudencia referida ha entendido que la articulación de la responsabilidad concursal como sanción responde a una doble finalidad. Por un lado, sirve para animar y convencer a los implicados en el gobierno de las sociedades al cumplimiento y respeto de las obligaciones que deben cumplirse de forma diligente. Pero, además, establece las consecuencias anudadas a su infracción en los supuestos con relevancia concursal valorando los intereses en juego, de forma que, en supuestos donde existe más riesgo de que los acreedores concursales puedan ver satisfechos sus créditos, se fija una responsabilidad que afecta al patrimonio propio de los que deben responder de su conducta en la generación o agravación de la insolvencia<sup>907</sup>.

## ***B. Fundamentación de la postura***

### **1. Interpretación histórica**

La existencia de un perfil sancionatorio se constata ya en la PALC, fuente tanto del art. 201 de la LC como del art. 172 bis de la LCE<sup>908</sup>. El art. 213 de la PALC preveía lo siguiente: «(...) *en el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener, además, la condena a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o de parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.*»

---

<sup>906</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (comentario a la STS 1ª de 23 de febrero de 2011)», *RDCP* (2011), n° 15, p. 471.

<sup>907</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 27/11/2008 (AC 121).

<sup>908</sup> LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal de los administradores», *RGD*, v. 657, pp. 7559-7566; LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal del los administradores», *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, pp. 331-353 (1999).

Durante la tramitación parlamentaria de la LCE, fueron rechazadas enmiendas que pretendían introducir en el texto del actual art. 172 bis, elementos propios de una responsabilidad de tipo resarcitorio. Por ejemplo, se proponía agregar una mención que exigiera la acreditación de la existencia de una *«relación de causa a efecto entre los actos dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores»*. Se propuso, también, incorporar a la norma referida, una frase imponiendo que la cuantía de la condena fuese *«proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia»*. Estos antecedentes fueron tomados en cuenta por la AP de Madrid que, a la hora de interpretar lo dispuesto en el actual art. 172 bis, hacía hincapié en lo acaecido durante la tramitación parlamentaria de la LCE, y *«no tanto por las modificaciones operadas en el proyecto de Ley sino justamente por las que fueron rechazadas»* tanto en el Congreso como en el Senado<sup>909</sup>.

Por último, al presentarse la enmienda n° 139 al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, en el Congreso de los Diputados por el Grupo Popular, se proponía una nueva redacción del § 1 del art. 172 bis de la LCE, que estableció lo siguientes: *«1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y a los apoderados generales de la personas jurídica concursada a los que sean imputables los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso, a indemnizar a los acreedores con el pago, total o parcial, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»*. Esta enmienda, como es evidente, no prosperó<sup>910</sup>.

---

<sup>909</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.) ponente SARAZA JIMENA.

<sup>910</sup> Vide TORRUBIA CHALMETA, op. cit., p. 12.

## 2. Interpretación literal

En cuanto a la interpretación literal, se destaca que el art. 201 de la LC – al igual que el 172 bis incorporado a la LCE por la Ley 28/2011<sup>911</sup> - establece una condena «*a la cobertura, total o parcial, del déficit*», no a indemnizar daños<sup>912</sup>. A diferencia de otros preceptos que regulan, según opinión pacífica de la doctrina y la jurisprudencia, una responsabilidad civil resarcitoria (como es el caso del art. 391 de la LSC) la norma que establece la responsabilidad por el déficit no prevé la indemnización del daño causado por la conducta del sujeto al que se atribuye la responsabilidad.

La norma que establece la responsabilidad por el déficit concursal no contiene los elementos propios de una responsabilidad civil resarcitoria o por daños. No se refiere a la indemnización del daño causado, ni hay mención alguna a la exigencia de causalidad entre la conducta de las personas afectadas por la calificación y el daño, sino una previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas<sup>913</sup>. Sólo se exige que el concurso se haya declarado culpable<sup>914</sup>.

## 3. Interpretación lógico-sistemática

Se observa desde la perspectiva de una interpretación lógico-sistemática del régimen legal, que el carácter punitivo de la responsabilidad concursal es una

---

<sup>911</sup> El texto sustituido, que aparecía en el art. 172.3 establecía que la condena sería «*a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*».

<sup>912</sup> MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, pp. 262-270.

<sup>913</sup> SSAAPP de Lleida, Sec. 2<sup>a</sup>, n° 36 de 24/1/2013 (*JUR* 2013\86337) ponente SAINZ PEREDA y de Madrid, Sec. 28, n° 17 de 30/1/2009 (*AC* 2009\294) ponente GARCÍA GARCÍA.

<sup>914</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso...*, p. 390.

consecuencia de la fase concursal en que se enmarca: un procedimiento sancionador<sup>915</sup>.

La norma contenida en el art. 201 de la LC regula una serie de consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, en todos los casos que se haya abierto la sección de calificación como consecuencia de un convenio gravoso o por la apertura de una fase de liquidación deficitaria. Entre esas consecuencias el n° 4 del §1 establece la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados<sup>916</sup>. Pues bien, tras esta previsión, en el § 2 del art. 201 de la LC establece que, en determinadas condiciones, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada a la cobertura, total o parcial, del déficit. Según alguna doctrina, pretender que esta segunda condena tiene, también, una función indemnizatoria, supondría atribuirle una grosera inconsistencia al legislador, que habría acumulado dos disposiciones consecutivas estableciendo responsabilidades, sobre los mismos sujetos, ambas con función resarcitoria<sup>917</sup>.

La eventualidad de que el *quantum* de la condena por el déficit difiera del *quantum* del daño a los acreedores, ha sido, también, considerado por la doctrina como un argumento a favor de la atribución de una función punitiva a la responsabilidad en estudio. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el § 2 del art.

---

<sup>915</sup> RAMÍREZ LÓPEZ, RAMÍREZ LÓPEZ, *La quiebra: Derecho concursal español*, 2ª ed. puesta al día por CAMINALS Y CLAVÉ (1998), p. 288.

El cariz de esta fase surge de la propia Exposición de Motivos (n° VIII): «(...) *La sentencia que califique al concurso como culpable (...) impondrá (...) la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal (...)*»

<sup>916</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 5/22008 (AC 834); SJPI n° 14 de Granada, de 17/10/2006 (*JUR* 2007\38845).

<sup>917</sup> MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, pp. 266-270; SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica», *RDCP*, n° 5 (2006), pp. 211 y ss.

201 de la LC, la condena a los administradores puede ser al pago «*total o parcial*» del importe de los créditos, por lo que llegaría, como máximo, hasta el déficit patrimonial resultante de la liquidación.

***c. Redundancia con el art. 236 LSC***

La interpretación sistemática del precepto debe llevar, también, a relacionarlo con el régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales previsto en las normas societarias<sup>918</sup>. Es preciso advertir que si se le atribuye una función indemnizatoria a la responsabilidad prevista en el art. 172 bis, la imposición de una responsabilidad por daños establecida en el art. 236 de la LSCE sería superflua, redundante o, incluso, beneficiosa para los administradores, quienes sólo serían responsables por dolo o culpa grave y con un daño limitado al déficit concursal<sup>919</sup>. Por otra parte, el resarcimiento del daño podría alcanzarse mediante la acción social de responsabilidad, sin que fuera necesario aguardar a la formación del incidente de calificación<sup>920</sup>.

La compatibilidad entre la responsabilidad concursal por el déficit y la responsabilidad civil de los administradores prevista en la legislación societaria, ha sido admitida por la LC, en tanto legitima al administrador concursal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada

---

<sup>918</sup> En la legislación española se establece un régimen legal con una dualidad de responsabilidades, por daños (art. 236 LSCE), a la que podría equipararse la del art. 172.2-3º de la LCE, y por deudas (art. 367 LSCE), a la que podría equipararse la del art. 172 bis de la LCE, naturalmente, con las diferencias que resultan de los pormenores de cada regulación.

<sup>919</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal...», *RDS*, n° 39 (2012), p. 359.

<sup>920</sup> GONZÁLEZ, *La calificación...*, pp. 184 y 185; HERRERA PETRUS, «El crédito contra los administradores en la sección de calificación...», *ADCo*, n° 10, p. 485; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 15-49.

contra sus administradores<sup>921</sup>. El art. 52 de la LC prevé que el síndico o el interventor, así como, subsidiariamente, los acreedores, estarán facultados para promover la acción social de responsabilidad contra los administradores de la concursada.

Los daños ocasionados al patrimonio social como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes al cargo pueden ser superiores al importe del déficit concursal pues, en materia de responsabilidad extracontractual, según las normas generales relativas a la extensión de la indemnización (art. 1323 CCE), en el concepto de daño debe incluirse tanto la pérdida sufrida como la ganancia dejada de obtener. No parece razonable que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales sea más severo en supuestos como los del citado art. 391 de la LSC, en el que las conductas determinantes de la responsabilidad no son, por regla general, tan graves como las previstas en los arts. 193 y 194 de la LC, y en los que la sociedad no se encuentra declarada en concurso, en fase de liquidación y con déficit patrimonial, como en el supuesto del art. 201 de la LC. De admitir la tesis del carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal, el régimen de responsabilidad previsto en la legislación societaria sería más severo que aquél, puesto que en éste no se exige una especial cualificación en la negligencia del administrador causante del daño, mientras que la legislación concursal exige la concurrencia de alguna de las graves conductas previstas en los arts. 193 o 194 de la LC o, con carácter general, que la conducta de los administradores pueda calificarse como dolosa o gravemente culposa (art. 192)<sup>922</sup>.

---

<sup>921</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id. *ibid.*; GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), p. 1976.

<sup>922</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.) ponente SARAZA JIMENA.

***d. No exigencia de la acreditación del nexo causal en cuanto al embargo cautelar***

Otro argumento de carácter sistemático es la interpretación de la norma del art. 172 bis de la LCE en relación a la del art. 48 ter de la misma ley, que prevé una medida de embargo cautelar sobre bienes y derechos de los administradores, accesoria e instrumental respecto de la pretensión del art. 172 bis. La exigencia de dos requisitos constitutivos de la apariencia de buen derecho, consistentes en que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, sin añadir el precepto legal ninguna exigencia relativa a la concurrencia, al menos indiciaria, de una relación de causalidad entre la conducta determinante de la probable calificación del concurso como culpable y el probable déficit concursal, es indicativa de la ausencia de carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172 bis de la LCE<sup>923</sup>.

**4. Interpretación teleológica**

En la posición que sustenta que la responsabilidad concursal por el déficit tiene una función sancionatoria, se argumenta que ha de tomarse en consideración la regulación de la finalidad de la calificación de un concurso como culpable por la reprochabilidad de ciertas conductas intrínsecamente graves.

***a. Reprochabilidad de ciertas conductas intrínsecamente graves***

Esta regulación se hace de forma escalonada, de manera que, en primer lugar, está la cláusula general del art. 164.1 de la LCE, que exige la valoración de la conducta del administrador de la sociedad como dolosa o gravemente culposa, y la determinación de una relación de causalidad entre tal conducta y la generación o agravación de la insolvencia. En segundo lugar, existen unas presunciones *iuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave referidas a determinadas conductas,

---

<sup>923</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.).

aunque es preciso acreditar la relación de causalidad entre esas conductas previstas en la Ley y la generación o agravación de la insolvencia (art. 165 LCE). Por último, existen una serie de supuestos en los que la Ley califica ciertas conductas como determinantes del carácter culpable del concurso, sin posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de la conducta y sin exigirse prueba de la relación de causalidad entre tales conductas y la insolvencia de la sociedad, pues la concurrencia de las conductas descritas en la norma ampara todos y cada uno de los requisitos necesarios para la calificación del concurso como culpable (art. 164.2 LCE)<sup>924</sup>.

En la práctica, las causas más frecuentes de calificación del concurso como culpable serán las previstas en el art. 164.2 de la LCE, dado que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que consideró necesario garantizar<sup>925</sup>, decidió que el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte de su administrador, «*en todo caso se calificará como culpable*» (art. 164.2 LCE).

Por lo tanto, no sería necesario que en cada caso concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los distintos apartados del art. 164.2, ni se pruebe la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, puesto que se trata de «*supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza*»<sup>926</sup> y en los que, como ha declarado el TS respecto de la responsabilidad por deudas del art. 367 de la LSCE, no se exige «*más que el enlace causal preestablecido en la propia norma*»<sup>927</sup>.

---

<sup>924</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.) ponente SARAIZA JIMENA.

<sup>925</sup> En especial la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico (SAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009, AC 294).

<sup>926</sup> Apartado VIII de la exposición de motivos de la LCE.

<sup>927</sup> STS, Sala 1ª, de 28/4/2006 (RJ 2006/4087) y 7/2/2007 (RJ 2007/781).

***b. Prueba de la culpa y el nexo causal***

Las previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los elementos previstos en las mismas. En varios de los supuestos, la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador, provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave y de su relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño cuantificable<sup>928</sup>.

En los casos en que la calificación se haya realizado sea en base a la cláusula general del art. 164.1 de la LCE o del § 2 del art. 192 de la LC, o sea en base a las presunciones *iuris tantum* del art. 165 de la LCE o 194 de la LC, la exigencia legal de que se aprecie la existencia de un nexo causal entre la conducta genérica dolosa o gravemente culposa del deudor o de su representante (art. 164.1) o entre las conductas previstas en los distintos apartados del art. 165 de la LCE, y la generación o agravamiento de la insolvencia, supone que la propia calificación del concurso como culpable contiene la determinación de la relación de causalidad entre tal conducta y el déficit patrimonial del concurso<sup>929</sup>.

En los casos en los que el concurso se califique como culpable por concurrir alguno de los supuestos del art. 164.2 de la LCE o del art. 193 de la LC, la previsión de que el concurso ha de calificarse «*en todo caso*» como culpable o la presunción absoluta de culpabilidad, llevan implícito el enlace causal *ex lege* entre la conducta del deudor o su representante y la insolvencia. Por ello, una vez que la sentencia que se dicta en la sección de calificación ha declarado el concurso culpable (art. 171.1 LCE y art. 201 LC), no se exige una nueva determinación de esa relación causal para proceder en tal sentencia a la

---

<sup>928</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.) ponente SARAIZA JIMENA.

<sup>929</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 ponente SARAIZA JIMENA.

imposición de la responsabilidad concursal a los administradores a los que subjetivamente pueda imputarse la conducta culpable (art. 201, § 2, LC)<sup>930</sup>. Esta conclusión ya no sería válida respecto a la legislación concursal española, en tanto en la redacción actual del art. 172 bis se incorpora expresamente la exigencia de que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia<sup>931</sup>.

La AP de Madrid considera que si se interpreta el art. 172 bis de la LCE en el sentido de que establece una responsabilidad resarcitoria, en la que es necesaria la prueba en cada caso concreto de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño, resultará el contrasentido de que dicha responsabilidad concursal no podrá acordarse en la mayoría de los casos de concurso culpable, en especial en los supuestos en que las conductas han sido más graves - los del art. 164.2 de la LCE - en las que justamente por esa gravedad, el ordenamiento jurídico exime de la prueba de la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia para que el concurso pueda calificarse como culpable. El enlace causal se preestablece en la misma norma legal<sup>932</sup>.

## **5. Interpretación basada en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad por el déficit**

La doctrina que postula que la responsabilidad por el déficit concursal tiene una función sancionatoria, entiende que la LCE establece un sistema que no utiliza la técnica propia de la responsabilidad resarcitoria, basada en la triple prueba de una conducta ilícita, de un específico daño y de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Ni los presupuestos exigidos por la legislación para atribuir responsabilidad por el déficit concursal son los propios de la responsabilidad por daños, ni la responsabilidad concursal se activa

---

<sup>930</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008.

<sup>931</sup> Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.

<sup>932</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008.

meramente con la concurrencia de los presupuestos ordinarios de la responsabilidad civil<sup>933</sup>.

***a. Exigencia de un grado cualificado de culpa***

Los conceptos de culpa e imputación se encuentran no sólo en las responsabilidades con función indemnizatoria, sino también en el marco de la sanción o pena civil<sup>934</sup>. Sin embargo, la exigencia de un grado cualificado de culpa – dolo o culpa grave – implica un apartamiento del régimen general de responsabilidad civil, que está dirigido a resarcir el daño causado con independencia del grado de culpa del agente<sup>935</sup>. Esta opción legislativa sería indicativa de la función punitiva que informa el régimen<sup>936</sup>.

Luego, contra el argumento de que la posibilidad de no condenar o de graduar la responsabilidad sería propia de la función indemnizatoria, se señala que en un sistema sancionatorio son igualmente dables la concurrencia de causas justificativas de una decisión absolutoria o de graduación de responsabilidad. Eso sí, corresponderá a los administradores demostrar, pechando con la carga de la

---

<sup>933</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal...», *RDS*, n° 39 (2012), p. 359.

<sup>934</sup> SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

<sup>935</sup> Se advierte que lo mismo sucedía en la regulación de la responsabilidad de administradores en el régimen de la LSA de 1951, sólo imputable a título de «*malicia, abuso de facultades o negligencia grave*» (art. 79). GIRÓN TENA, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *ADCo*, (1959), pp. 419-450; POLO, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima* (1965), pp. 170-194; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, pp. 209-228; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. 1, v. 2 (1990), p. 138.

<sup>936</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad...», p. 8.

prueba, una acción significativa para evitar el daño o que les fue imposible evitarlo<sup>937</sup>.

### ***b. Daño***

Los autores que defienden la tesis de la responsabilidad-sanción, admiten que la existencia de un daño y la imputabilidad del perjuicio son presupuestos necesarios de la responsabilidad por el déficit concursal<sup>938</sup>. Pero que se precise un resultado lesivo o un determinado daño – es decir, la existencia de déficit patrimonial – no significa que la responsabilidad prevista en el art. 172 bis tenga una función indemnizatoria, sino que estamos ante un ilícito civil que sanciona un determinado resultado dañoso y no una actividad de riesgo<sup>939</sup>.

Luego, si bien es cierto que si no existe déficit no existe responsabilidad, a diferencia de las responsabilidades con función indemnizatoria, la responsabilidad no coincide con dicho déficit, sino que la modera o modula el juez del concurso<sup>940</sup>. La discrecionalidad del juez en el pronunciamiento de la condena y la determinación de la cuantía no sería posible si se atribuyese una naturaleza indemnizatoria a la responsabilidad concursal, porque los condenados deberían responder de todos los daños y perjuicios causados<sup>941</sup>.

A su vez, el particular régimen de la responsabilidad por el déficit, al menos en la legislación española, impone una «*restricción injustificada de la súplica*

---

<sup>937</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 86.

<sup>938</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 715 y 716; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad...», p. 3; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión...», pp. 306 y 307; LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal de los administradores», *RGD*, v. 657, p. 7565.

<sup>939</sup> BLASCO GASCÓ, op. cit., p. 87.

<sup>940</sup> BLASCO GASCÓ, id. *ibid.*

<sup>941</sup> STS n° 501 de 16/7/2012 (ROJ 5172/2012).

*resarcitoria*» a los casos en que la sección de calificación se ha formado o reabierto, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 172 bis LCE)<sup>942</sup>. Según se verá al analizar los presupuestos de la calificación culpable, este presupuesto no es necesario en la legislación uruguaya, puesto que la condena por el déficit concursal puede proceder, igualmente, en el caso en que se apruebe un convenio (art. 201, § 2, LC).

### ***C. Refutación de la atribución de una función sancionatoria***

La doctrina se ha encargado de rebatir buena parte de los argumentos que presentan aquellos que postulan que la responsabilidad por el déficit concursal tendría una función sancionatoria.

#### **1. Inexistencia de indemnizaciones punitivas en la legislación española**

La doctrina que le atribuye a la responsabilidad por el déficit concursal una función resarcitoria comienza por recordar que el sistema general de responsabilidad civil español es de carácter reparador (responsabilidad-indemnización)<sup>943</sup>. Según la doctrina civilista tiene que producirse un daño para que se dé la obligación de repararlo, no existiendo la llamada indemnización punitiva del Derecho anglosajón: «*sin daño no hay responsabilidad*»<sup>944</sup>.

---

<sup>942</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación...*, p. 181.

<sup>943</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13, p. 308; GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», p. 506; PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al art. 1902 del CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2 (1993), pp. 1971-2003; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, p. 455; VERDÚ CAÑETE, *op. cit.*, pp. 103 y 104; VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, año 13, v. 114 (2002), p. 5.

<sup>944</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual* [2007], p. 807; SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, n° 1 (2000).

Los daños punitivos (*punitive damages*), propios de los sistemas anglosajones no debieran confundirse con las sanciones civiles previstas en el Derecho español, de las que se diferenciarían en dos aspectos. Por un lado, se trata de supuestos de hecho determinados con precisión por una norma jurídica. Por otro, la consecuencia jurídica está acotada por el legislador, en el sentido de que no permite al titular de la decisión establecer una condena por un importe muchas veces superior al daño causado por el demandado. En los *punitive damages* en sentido estricto, son sanciones impuestas libremente por una estancia judicial en los casos en los que ha estimado la existencia de dolo o culpa grave en la producción de un daño, sin necesidad de que el supuesto haya sido previsto expresamente en una norma concreta y por un importe muchas veces superior al daño efectivamente causado<sup>945</sup>.

## 2. Compatibilidad entre el art. 172.2-3º y del art. 172 bis de la LCE

Antes de la reforma provocada por la Ley 38/2011 se controvertía que existiera una necesaria incoherencia entre la responsabilidad que entonces establecía el art. 172.2-3º de la LCE y la responsabilidad concursal hoy prevista en el art. 172 bis. Se observaba, entonces, que una condena por daños y perjuicios podría ser tanto superior como inferior a una condena por el déficit concursal<sup>946</sup>.

Con la reforma referida, la responsabilidad prevista en el art. 172.2-3º pasó a estar regulada en el art. 172.3 y cambia sustancialmente su redacción. En particular, especifica que la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados, en ella prevista, sólo alcanza a los cómplices. Por lo tanto, hoy ya no existe yuxtaposición alguna entre la responsabilidad prevista en esta norma y la prevista en el art. 172 bis respecto de las personas afectadas por la calificación.

---

<sup>945</sup> SALVADOR CODERCH, op. cit., p. 5.

<sup>946</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC...», AC, nº 1 (2009), pp. 15-49. SJM nº 1 de La Coruña, de 20/6/2006 (AC 2007\203).

### 3. Irretroactividad de las sanciones

Luego, también se ha observado que la atribución de dicha función se funde en el carácter no retroactivo de las normas que disponen la posibilidad de responsabilizar por el déficit concursal. Si bien se admite que, por exigencia constitucional, las normas sancionadoras son irretroactivas, eso no significa que todas las normas irretroactivas sean sancionadoras.

En realidad, todas las normas son irretroactivas, salvo que se establezca lo contrario (art. 2-1 CCE). Por otra parte, en el caso de la responsabilidad por el déficit concursal, la norma que la establece no es irretroactiva por ser sancionadora, sino simplemente porque la LCE se declara, en general, no retroactiva, salvo cuanto dispone la Disposición Adicional Primera respecto a las referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes y la Disposición Transitoria Primera en relación con los procedimientos concursales en tramitación, para los que la inmediata aplicación se limita a lo dispuesto en los arts. 176 a 180 (con exclusión de los §§ 1 y 2 del apartado 1 del art. 176)<sup>947</sup>.

## II. Función indemnizatoria

Quienes atribuyen a la responsabilidad por el déficit una función indemnizatoria<sup>948</sup> sostienen que la responsabilidad concursal por el déficit se le

---

<sup>947</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 92.

<sup>948</sup> En la doctrina: ALONSO, «El art. 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del artículo 172-3...», *RDCP*, n° 1 (2004), p. 97; BLASCO GASCÓ, *Responsabilidad concursal y embargo...* (2007); CABANAS TREJO, *Aspectos procesales de calificación del concurso: un estudio desde la jurisprudencia y una reciente reforma legal* (2009), p. 174; CABANAS TREJO, «Breve apunte sobre la responsabilidad de los administradores...», *REJE*, n° 1 (2005), p. 8; CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil* (2013), p. 1564; ETXARANDIO, *Manual de Derecho concursal* (2009), p. 894; GONZÁLEZ CABRERA, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales...», *RDCP*, n° 15, n° 15 (2011), p. 358; MAMBRILLA, «Sentencia de

asemeja en cuanto a sus presupuestos<sup>949</sup>: un resultado dañoso (la existencia de créditos que no serían satisfechos con el activo social), una actuación dolosa o gravemente negligente del administrador; la producción de un determinado resultado dañoso y un nexo causal entre la conducta del administrador y el resultado dañoso<sup>950</sup>.

---

calificación (art. 172)», *Comentarios a la legislación concursal*, v. 3 (2004), p. 2860; MARTÍN, «La concurrencia de acciones...», *ADCo*, n° 26, (2012) p. 200; MORILLAS JARILLO, «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 7 (2007), pp. 66-70; PRENDES, «La responsabilidad de los administradores...», *AC*, n° 2 (2004), p. 2041; PULGAR, «Los concursos de acreedores sin masa activa "ab initio"...», *LL*, v. 2 (2007), pp. 1846-1848; RONCERO, «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal...», *RDCP*, n° 7 (2007), pp. 143-165; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, pp. 455 y ss.; SANCHO GARGALLO, «Calificación del concurso», *Las claves de la Ley Concursal* (2005), pp. 574 y 575; VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 109; VILATA MENADAS, *Manual breve de Derecho concursal* (2008), p. 138.

De acuerdo con la posición sustentada por la Sección 15 de la AP de Barcelona - desde que fijara posición en su sentencia del 6 de febrero de 2006 (SAP de Barcelona, Sec. 15, de 6/2/2006, *ADCo* 2006-11, p. 361) y mantenida en su jurisprudencia posterior hasta el 23 de abril 2012 (SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/10/2009, *ROJ* 2010\78605; 27/3/2009, *ROJ* 2009\411331; 30/1/2009, *JUR* 173357; 15/1/2009, *JUR* 173357; 22/5/2008, *ADCo* 16, 2009, pp. 437 y ss.; 25/3/2008, *AC* 2008\998 y 21/2/2008, *JUR* 2008/318271; 29/11/2007, *JUR* 2009\33340; 28/5/2007, *JUR* 2009\412090; 19/3/2007, *JUR* 2007/272870; 27/9/2006; *AC* 2006/463, 27/4/2006; *JUR* 2009\176577 y 9/3/2006, *ADCo* n° 8 y 9, 2006, pp. 314 y 319; AAP de Barcelona, Sec. 15, de 28/5/2007, *ADCo*, 2008-14, pp. 461 y 470) - seguida por algunas otras Audiencias Provinciales y alguno de los Juzgados en lo Mercantil de Barcelona (SSAP de Jaén, de 10/3/2008, *JUR* 2008\227040; SSJJM n° 3 de Barcelona de 5/10/2007, *AC* 2009\808 y n° 2 de Barcelona de 19/1/2007, *JUR* 2007\368566), la responsabilidad por el déficit concursal, cumpliría con una función de carácter indemnizatorio.

<sup>949</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 90 y 91.

<sup>950</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 310.

## ***A. Fundamentación de la postura***

En el sistema jurídico español la función indemnizatoria o resarcitoria viene ligada a la idea de daño que, en el caso de la responsabilidad concursal por el déficit resulta consistir en la existencia de créditos que no pueden ser satisfechos con el activo social<sup>951</sup>. A esto se le agrega la exigencia de los presupuestos que pacíficamente se exigen para entender configurada la responsabilidad civil indemnizatoria: una actuación dolosa o gravemente negligente del administrador; la producción de un determinado resultado dañoso y un nexo causal entre la conducta del administrador y el resultado dañoso<sup>952</sup>.

### **1. Doctrina anterior a la Ley 38/2011**

#### ***a. Interpretación histórica***

El art. 172.3 de la LCE - reemplazado por el art. 172 bis por obra de la Ley 38/2011 - tiene su origen en la PALC, redactada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. La consideración de este precedente legislativo es especialmente importante para el análisis comparado, puesto que – según ya hemos expresado reiteradamente – la PALC fue la fuente directa de la LC y, en particular el § 2 del art. 201 es de un tenor casi idéntico al que se establecía en dicha propuesta. La PALC, a su vez, se inspiró en lo dispuesto respecto de la acción de complemento del pasivo (*action de comblement du passif*) de la LCF<sup>953</sup>, donde se establece que «(...) en caso de insuficiencia de activo, el tribunal podrá decidir, a solicitud del síndico o incluso de oficio, que las deudas sociales sean soportadas, total o parcialmente, con o

---

<sup>951</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 84.

<sup>952</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 310; VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 90 y 91.

<sup>953</sup> Así lo reconoce el propio autor de la Propuesta: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, n° 138 (1975), pp. 509-525.

*sin solidaridad, por todos los dirigentes sociales, de derecho o de hecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, o por algunos de ellos»*<sup>954</sup>.

En general se admite que la acción de complemento del pasivo cumple una función indemnizatoria. Como toda acción de responsabilidad por daños, exige que entre la acción u omisión negligente (falta de gestión) y el daño exista una relación de causalidad<sup>955</sup>.

No es que la responsabilidad por deudas fuera desconocida en la legislación francesa, pues era posible alcanzarla bajo un procedimiento de *redressement et liquidation judiciaires* o de quiebra personal (Ley 85/98). Sin embargo, este tipo de responsabilidad fue suprimido por la Ordenanza de 2008<sup>956</sup>.

### ***b. Interpretación literal***

La doctrina destaca que la condena por el déficit concursal es una facultad que la Ley otorga al juez. Tanto el art. 172 bis de la LCE como el art. 201 de la LC disponen que el juez «podrá» condenar<sup>957</sup>. Consecuentemente, la responsabilidad por el déficit no opera con el automatismo propio de una sanción. En el mismo sentido incide que el criterio de imputación y de determinación concreta de la responsabilidad sea, precisamente, la culpa grave o el dolo<sup>958</sup>.

---

<sup>954</sup> CALVO, «L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion», *Les petites affiches*, n° 63 (1998), pp. 13 y 14; GERMAIN, «Des entreprises: quelles procédures? quelles responsabilités?», p. 108 (2007); GUYON, *Droit des affaires*, v. 2 (1993), pp. 431 y 432; HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en Droit des sociétés* (2001), p. 315; JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté* (2006), p. 443; LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal de los administradores», *RGD*, v. 657»; RIPERT y ROBLOT, *Traité de droit commercial*, v. 2 (1996), p. 1199.

<sup>955</sup> LE CANNU et al., *Entreprises en difficulté* (1994), p. 838.

<sup>956</sup> MONTÉLAN y LE CORRE, «La loi de sauvegarde: première réforme». *Gazette des Procédures Collectives*, n° especial (2009), p. 59.

<sup>957</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo...», *ADCo*, n° 13, p. 313.

<sup>958</sup> BLASCO GASCÓ, id., p. 310.

La relación causal entre la conducta culposa de las personas afectadas por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia, según la doctrina que estamos reseñando, debe constituir el criterio al que debe atenerse el órgano judicial para la imputación de la condena por el déficit concursal. Dichas personas serán responsables por las consecuencias de la insolvencia generada o agravada y, en concreto, por la insatisfacción de los créditos concursales, sólo en la medida que exista un nexo causal con los actos u omisiones que se les atribuyan<sup>959</sup>.

Por otro lado, la referencia al pago «*total o parcial*» - hoy contenida en el art. 172 bis, § 1, de la LCE - es considerada por la doctrina española como una invocación de los principios generales de la responsabilidad civil, en el sentido de que el juez debe modular el importe de la indemnización en atención a la relación de causalidad existente entre el incumplimiento y el daño (la generación o agravación del estado de insolvencia y, por lo tanto, el hecho de que los créditos resulten total o parcialmente impagados)<sup>960</sup>. Esta consideración es válida respecto a la legislación uruguaya, puesto que el art. 201 de la LC contiene, también, una referencia expresa a la posibilidad de que la condena pueda consistir en un pago parcial del déficit.

A la argumentación literal hoy cabe agregar la expresa exigencia de que se demuestre que la conducta que ha determinado la calificación culpable ha generado o agravado la insolvencia, incorporada en la nueva redacción del art. 172 bis dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.

---

<sup>959</sup> BLASCO GASCÓ, id., p. 313; SANCHO GARGALLO, «La calificación del concurso», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. VILATA MENADAS (2005), pp. 61-64; SANCHO GARGALLO, «El concurso de acreedores de la sociedad mercantil», *Cuadernos de Derecho Judicial*, v. 19, pp. 59 y ss. (2005) pp. 574 y ss.; VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 91.

<sup>960</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 107.

*c. Interpretación lógico-sistemática*

Se señala que el esquema legal anda muy lejos de la sanción, en sentido estricto, pues puede haber incumplimiento, incluso doloso, de los deberes y no haber responsabilidad<sup>961</sup>. Así sucede, por ejemplo, en la hipótesis de concurso voluntario en que la aprobación de un convenio no gravoso o la liquidación de una masa solvente impida que se abra la sección de calificación (art. 196 LC)<sup>962</sup>.

Así mismo, la doctrina sostiene que la generalidad de la norma, su propia indeterminación, no pareciera propiciar que nos hallásemos en un ámbito

---

<sup>961</sup> BLASCO GASCÓ, *op. cit.*, p. 314.

En nuestra opinión, la razón de que el art. 172 bis exija que la sección de calificación haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, obedece a brindar incentivos a los deudores a lograr convenios con sus acreedores y cumplirlos. Puesto que uno de los objetivos generales de la LCE y de su régimen de responsabilidad concursal en particular, ha sido estimular la iniciación temprana de los procesos concursales, va de suyo que la legislación le debe ofrecer a quienes evidentemente resultarán afectados por una calificación culpable, la esperanza de librarse al menos de una condena por el déficit, sujeta a la obtención de un convenio y su cumplimiento. No necesariamente por esto deja la norma de tener una función sancionadora, ni puede atribuírsele una función resarcitoria. De hecho, la aprobación de un convenio no significa que la insolvencia culpable del deudor no le haya causado daño a los acreedores. Por el convenio los acreedores simplemente buscan una vía para minimizar ese daño, sabedores de que una liquidación será mucho más perjudicial, también, para sus intereses.

<sup>962</sup> Según se verá al analizar los presupuestos de la responsabilidad por el déficit, en la legislación uruguaya la condena por el déficit concursal puede proceder, igualmente, en el caso en que se apruebe un convenio (art. 201, § 2, LC). Sin embargo, el incidente de calificación ni siquiera se forma si concurren, acumulativamente, dos condiciones: que el concurso sea voluntario y que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años o que, en caso de liquidación, de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo. Como es advertirá, la hipótesis de no formación del incidente de calificación, en la legislación uruguaya, es de laboratorio o casi.

sancionatorio<sup>963</sup>. Su configuración como sanción - o, incluso, como responsabilidad derivada de una sanción - exigiría un mínimo de seguridad jurídica en cuanto a la determinación de sus elementos y su tipicidad<sup>964</sup>. La norma, para poder ser configurada como sanción, debería haber determinado claramente las conductas típicas que generan su aplicación y la posibilidad de graduar su contenido de acuerdo con la gravedad de la conducta del administrador. Por carecer de este mínimo, algunos autores sustentan que si se considera como sanción, se vulneraría el principio constitucional de seguridad jurídica<sup>965</sup>.

## 2. Doctrina posterior a la Ley 38/2011

La doctrina posterior a la reforma considera que la nueva redacción dada a la norma que regula la responsabilidad concursal por el déficit inclina la balanza por la tesis resarcitoria. El art. 172 bis de la LCE incorporado por la reforma de 2011 refiere en forma implícita a una relación entre la responsabilidad y el daño

---

<sup>963</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal...* (2003), p. 502.

<sup>964</sup> El desbalance de la norma a favor del arbitrio judicial y en contra de la seguridad jurídica, ha sido repetidamente señalado por la doctrina: ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), pp. 233 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 713 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «La calificación del concurso», *La reforma de la legislación concursal...*, pp. 257-274 (2004); PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Reflexiones sobre la calificación del concurso...», *Estudios sobre la Ley concursal...*, v. 5 (2005), pp. 4999-5012.

<sup>965</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», pp. 314 y 315; VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, año 13, v. 114 (2002), p. 1.

sufrido por los acreedores del concursado, lo cual responde al aforismo tradicional de que no existe responsabilidad sin daño<sup>966</sup>.

Luego, la doctrina considera preciso advertir que en el art. 172 bis se incorporan componentes discrecionales a la facultad de condenar que la Ley ya con anterioridad otorgaba al juez. El hecho de que el juez pueda determinar no sólo si condena o no, sino también el grado de responsabilidad de cada uno de los administradores (es decir, si responde por todo el déficit o sólo por parte del mismo), así como la distribución de la responsabilidad entre los administradores (si fueran varios), a resultas de su participación en la causación o agravación de la insolvencia, abona la idea de la naturaleza indemnizatoria de esta responsabilidad<sup>967</sup>.

Además, la doctrina española reciente advierte que el cambio en la redacción del art. 172 bis, en cuanto establece como criterio de la atribución de responsabilidad la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, implica la consideración de una relación de causalidad entre la conducta del sujeto afectado por la calificación y el daño producido (art. 172 bis § 1, § 3)<sup>968</sup>.

Así mismo, se observa que el cambio en la finalidad de la condena, que supone pasar del pago directo de créditos insatisfechos a la cobertura del déficit mediante reintegración de la masa activa insuficiente, supone admitir que ha habido un daño a los acreedores que debe ser resarcido<sup>969</sup>.

---

<sup>966</sup> MACHADO PLAZAS, «La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 435.

<sup>967</sup> GONZÁLEZ CABRERA, «La responsabilidad concursal de los administradores...», *RDCP*, n° 15, n° 15 (2011), p. 365.

<sup>968</sup> GONZÁLEZ CABRERA, op. cit., p. 364.

<sup>969</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011...», p. 64.

### 3. Jurisprudencia

#### *a. SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2006*

Según se ha señalado, la Sección 15 de la AP de Barcelona, desde su sentencia del 6 de febrero de 2006<sup>970</sup> le atribuía una función resarcitoria a la responsabilidad por el déficit concursal. En este sentido, la AP observaba que la responsabilidad por el déficit sólo procedía ante la producción de un daño, constituido por la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, con el consiguiente perjuicio a los acreedores: «(...) *Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor.*»<sup>971</sup>

Asimismo, la jurisprudencia de la AP de Barcelona citada destacaba que al otorgársele al juez la facultad de poder condenar o no, a los administradores, se desvirtuaba la posibilidad de atribuirle un carácter sancionatorio automático a la condena por el déficit. Según expresaba la AP, si el juez puede condenar, también, puede no condenar. Tanto si lo hace como si no, según la AP de Barcelona, debe acudir a un criterio, que responde al esquema de responsabilidad subjetiva por culpa<sup>972</sup>.

Esta interpretación, fundada en la responsabilidad por culpa y daño, según el criterio que sustentaba la AP de Barcelona, es lo que justificaría la modulación

---

<sup>970</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 6/2/2006 (ADCo 2006-11).

<sup>971</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 173 de 19/3/2007 (ADCo n° 12; JUR 2007/272870) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>972</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 19/3/2007 (ADCo 12, 2007, pp. 442-450); AAP de Barcelona, Sec. 15, de 27/9/2007 (AC 2007\463), de 30/3/2007 (AC 2007\400) y de 6/2/2006 (JUR 2006\242022).

cuantitativa de la condena. La posibilidad de graduar cuantitativamente la condena – incorporada a texto expreso por el art. 172 bis de la LCE - sólo sería jurídicamente explicable si se atiende a un criterio de causalidad entre el daño (el estado de insolvencia, que provoca que los créditos resulten total o parcialmente insatisfechos tras la liquidación) y el título de imputación descrito por la norma, esto es, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta de los administradores dolosa o con culpa grave. La calificación de concurso culpable no implica necesaria y automáticamente, la condena del administrador a pagar el pasivo no cubierto por la liquidación, sino que podrá hacerlo si es que, con la ayuda o no de las presunciones legales, se determina que uno o ciertos administradores han contribuido con dolo o culpa grave a generar o agravar la insolvencia<sup>973</sup>.

#### ***b. Jurisprudencia del STS***

A partir de la STS n° 53 de 23 de febrero de 2011, aunque la STS más emblemática parece ser la n° 644 de 6 de octubre, seguidas de otras que contienen precisiones y reiteran el criterio asentado<sup>974</sup>, el TS definió una postura que, a pesar de eludir intencionalmente la polémica doctrinaria en cuanto a la función de la responsabilidad por el déficit – a la que, sin negarle actualidad, el TS considera de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos legales – manifiesta expresamente que consideran que tiene una «*función no sancionadora, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores*». Esa fue la idea – dice el TS – que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador «*para obligar al*

---

<sup>973</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 15, n° 50 de 30/1/2009 (*JUR* 2009\173357) ponente GARRIDO ESPÁ, n° 48 de 6/2/2006 (*JUR* 2006\242022) ponente SANCHO GARGALLO, n° 102 de 9/3/2006 (*JUR* 2009\176630) ponente GARRIDO ESPÁ y n° 154 de 27/4/2006 (*JUR* 2009\176577) ponente GONZÁLEZ NAVARRO.

<sup>974</sup> SSTS n° 255 de 26/4/2012 (*RJ* 2012\6101), n° 259 de 20/4/2012 (*RJ* 2012\5910) y n° 142 de 21/3/2012 (*RJ* 2012\5265), en todas ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

*cumplimiento de la deuda ajena»* y llevó a redactar el actual art. 172 bis en los términos en que lo hizo, no en otros<sup>975</sup>.

Reseñaremos, a continuación, lo dicho por el TS en las sentencias que nos parecen más significativas.

La sentencia n° 53 de 23 de febrero de 2011<sup>976</sup> ya contiene lo esencial de la postura del TS sobre esta cuestión, sentando un criterio que fue reiterado en sus sentencias posteriores, con diferentes ponentes<sup>977</sup>. Concretamente, establece que la responsabilidad por el déficit, hoy establecida en el art. 172 bis de la LCE, *«carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él [se refiere al artículo] la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales – sean de hecho o de derecho – deriva de serles imputable – por haber contribuido dolo o culpa grave – la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores (...), en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.»* Luego, concluye que, *«En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas (...).»*<sup>978</sup>

La sentencia n° 644 de 6 de octubre de 2011, en la misma línea que la que acabamos de referir, el TS precisó que la LCE sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno, el previsto en el apartado 1 del art. 164, la calificación depende de que la

---

<sup>975</sup> STS n° 142 de 21/3/2012 (RJ 2012\5265).

<sup>976</sup> STS n° 56 de 23/2/2011 (RJ 2011\2475) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>977</sup> En ponencia de CORBAL FERNÁNDEZ: STS n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368). Ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL: SSTS n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084) y n° 615 de 12/9/2011 (RJ 2011\6416).

<sup>978</sup> STS n° 56 de 23/2/2011 (RJ 2011\2475) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este segundo precepto contiene el mandato de que el concurso se califique como culpable «*en todo caso (...), cuando concurra cualquiera de los (...) supuestos*» y ello - según el TS - no puede sino significar que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del art. 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola. Esto es, aunque no hubiera generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo<sup>979</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, en esta sentencia el TS considera preciso advertir que la condena a la cobertura del déficit «*no es, según la letra y el espíritu de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso, sino que requiere una justificación añadida*». Para que la condena se pronuncie y, en su caso, para identificar a los obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos hoy por el art. 172 bis - la sección de calificación debe haber sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación - es necesario que el juez valore los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los afectados por la calificación, en relación en la actuación que determinó la calificación culpable del concurso. Esto es, el juez valorará los elementos del comportamiento tipificado por el resultado previsto en el apartado 1 del art. 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la

---

<sup>979</sup> Esta interpretación se encuentra reiterada en la STS n° 944 de 16/1/2012 (ROJ 525\2012).

insolvencia – o de las conductas positivas o negativas que se describen en el apartado 2 del mismo artículo.

No obstante, el TS considera que no se corresponde con la lógica del actual art. 172 bis condicionar la condena a la concurrencia de una relación de causalidad entre el comportamiento de los administradores y la causación o agravación de la insolvencia. Siguiendo esta fundamental precisión, en la STS n° 142 de 21 de marzo de 2012, se descartó la pretensión de los recurrentes, en cuanto a que no habría sido demostrado en el proceso que las irregularidades en la contabilidad hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la concursada<sup>980</sup>.

En su sentencia n° 614, de 17 de noviembre de 2011, el TS reitera que si se configuran las conductas descritas en el apartado 2 del art. 164 de la LCE, queda determinada irremediabilmente la calificación culpable del concurso, sin que pueda exigirse, además, la concurrencia de dolo o culpa grave o que dicha conducta haya generado o agravado la insolvencia. Luego, en esta misma sentencia, el TS precisa que el art. 165 no contiene un tercer criterio para determinar la calificación del concurso, sino «*una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1*»<sup>981</sup>.

La mayor particularidad de esta sentencia, sin embargo, proviene de que contiene un voto particular del Magistrado SANCHO GARGALLO. En dicho voto, SANCHO GARGALLO – proveniente de la Sec. 15 de la AP de Barcelona – entendió pertinente manifestarse rotundamente contra la atribución de una función sancionadora de la responsabilidad por el déficit concursal<sup>982</sup>. SANCHO GARGALLO sólo le reconoce esta función a otras tres consecuencias de la calificación

---

<sup>980</sup> STS n° 142 de 21/3/2012 (ROJ 2542\2012).

<sup>981</sup> STS n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368)

<sup>982</sup> HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La responsabilidad concursal de los administradores. A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 212.

culpable del concurso: la inhabilitación, la pérdida de derechos que se tuvieran como acreedores y la condena a la devolución de lo indebidamente percibido del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. Respecto de cualquiera de estas últimas tres sanciones, no es necesario que se haya generado o agravado la insolvencia; es suficiente con la calificación culpable del concurso<sup>983</sup>. En cambio, respecto a la responsabilidad por el déficit, SANCHO GARGALLO expresa que la acreditación de la incidencia de la conducta de los administradores o liquidadores, en la generación o agravación de la insolvencia constituye un requisito imprescindible para que haya pueda ocurrir la correspondiente imputación. La cobertura total o parcial del déficit, para el magistrado, es la consecuencia última y mediata de la generación o agravación de la insolvencia<sup>984</sup>.

En su jurisprudencia posterior, el TS ha mantenido que aunque se considerase que la atribución de responsabilidad por el déficit tuviese una función indemnizatoria, esto no permite eludir la conexión existente entre el art. 172 bis y la cláusula general establecida en el art. 164.1 – complementada por las presunciones *iuris tantum* previstas en el art. 165 - o con los supuestos de concurso culpable establecidos en el art. 164.2, pero tampoco se considera justificado servirse de esta última norma como si fuera un mero instrumento probatorio de los presupuestos sustanciales necesarios para la calificación culpable del concurso. Del mismo modo, aun si se asumiese que la responsabilidad por el déficit tiene una función sancionatoria, esto no autoriza a eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso<sup>985</sup>.

---

<sup>983</sup> HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, id., p. 214.

<sup>984</sup> HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, id., p. 215.

<sup>985</sup> SSTS n° 255 de 26/4/2012 (ROJ 2877\2012); n° 259 de 20/4/2012 (ROJ 2883\2012).

**c. SAP de Madrid de 9 de marzo de 2012**

En la SAP de 9 de marzo de 2012, se cambió la jurisprudencia respecto a la posición que hasta entonces se venía sosteniendo. A partir de entonces, estando como ponente el Magistrado GARCÍA GARCÍA, se dictaminó que la responsabilidad por el déficit concursal cumple una *«función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa»*. Se invocó como sustento de esta posición, las sentencias del TS de 23 de febrero, 12 de setiembre y 6 de octubre de 2011, que referimos en el literal anterior<sup>986</sup>.

**d. SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012**

A partir de su sentencia de 23 de abril de 2012, la AP de Barcelona hizo un giro de ciento ochenta grados respecto a lo que venía sosteniendo desde la sentencia ya comentada de 6 de febrero de 2006. Es evidente que sobre este cambio incidió que ante la promoción del Magistrado SANCHO GARGALLO al TS, su lugar fuera ocupado por GARNICA MARTÍN.

Desde entonces, la AP de Barcelona categorizó a la responsabilidad por el déficit como un régimen cuya función es la distribución o atribución de los riesgos, del mismo modo que la responsabilidad por deudas del art. 367 de la LSCE. En la responsabilidad por el déficit concursal, el riesgo *«deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurra en las conductas que permiten considerar culpable el concurso»*<sup>987</sup>.

Esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad, según la posición que entonces asumió la AP de Barcelona, resulta de la nueva expresión que incorpora el párrafo 2º del art. 172-bis apartado 1: *«(...) el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados*

---

<sup>986</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 81 de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004) ponente GARCÍA GARCÍA.

<sup>987</sup> SAP de Barcelona Sec. 15 de 23/4/2012 (*ROJ* 2012\ 176693) ponente GARNICA MARTÍN.

en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura». Por consiguiente, se admite que lo establecido por el legislador es que, para determinar la responsabilidad por el déficit, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido, sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños<sup>988</sup>.

## ***B. Argumentación contraria***

### **1. Ambivalencia de la exigencia de que exista déficit como presupuesto de la responsabilidad**

Aun admitiendo que si no existe daño no existe responsabilidad y, por lo tanto, tampoco derecho a indemnización, no es cierto su contrario. La necesidad de que haya un daño no implica que nos hallemos necesariamente ante una responsabilidad con función resarcitoria. El legislador puede prever, como supuesto de hecho de la infracción que sanciona, que se verifique un determinado daño patrimonial<sup>989</sup>.

Tampoco se puede inferir que el precepto en análisis tenga una función resarcitoria por meramente disponer que se *podrá* condenar a los administradores a pagar total o parcialmente el daño sufrido por los acreedores del deudor como consecuencia de su insuficiencia patrimonial. La norma no exige que este daño haya sido causado precisamente por la conducta del administrador que ha motivado la calificación del concurso como culpable<sup>990</sup>. En la responsabilidad por el déficit concursal el origen o empeoramiento de la insolvencia es un «*mero presupuesto*» que atiende a una finalidad distinta, como es la de sancionar la

---

<sup>988</sup> SAP de Barcelona Sec. 15 de 23/4/2012 (ROJ 2012\ 176693).

<sup>989</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, p. 88.

<sup>990</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *AC*, n° 1 (2009), pp. 15-49.

conducta seguida por los administradores procurando «*un mecanismo de cobertura del fallido concursal*»<sup>991</sup>.

## **2. Ausencia de legitimación de la sociedad y los acreedores para solicitar la condenación**

Ha sido destacado que no casa muy bien el carácter indemnizatorio de la responsabilidad por el déficit, con el hecho de que quienes sufren el perjuicio o daño por la actuación de los administradores carezcan de acción y de legitimación activa para reclamar su resarcimiento<sup>992</sup>.

En el Derecho español la cuestión cambia a partir del RDL 3/2009, de 27 de marzo, que modifica el art. 168, atribuyendo, expresamente, la calidad de parte a los acreedores y a cualquier otra persona que acreditase un interés legítimo. No obstante, corresponde resaltar que, a pesar de la modificación legislativa, se mantuvo con igual tenor la redacción original del precepto en cuanto a que «*si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno*» (art 170.1 LCE).

Sobre esta cuestión nos extenderemos con más detalle al analizar la propuesta de calificación culpable.

## **3. Ejemplos de *punitive damages***

Existen varios ejemplos en la legislación española, de normas que hacen responder de distinta manera según la intensidad del juicio de reproche que

---

<sup>991</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, p. 184. GALLEGO SÁNCHEZ ha salido al cruce de esta contra argumentación, advirtiendo que no es posible justificar el mantenimiento de la provocación o agravación de la insolvencia, como presupuesto de fondo, desligándolo de la causación del daño. Esto supondría una orientación abiertamente contradictoria en sí misma (GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», p. 506).

<sup>992</sup> BLASCO GASCÓ, op. cit., p. 88.

merece su conducta. Así, por ejemplo, el deudor doloso o el vendedor que conocía los vicios de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, están sometidos a un plus de responsabilidad motivado en la particular intolerabilidad de su conducta (arts. 1486 y 1487 CCE)<sup>993</sup>.

Luego, también, está el caso del incremento de entre un treinta y un cincuenta por ciento a que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional, si el accidente o la enfermedad fuera provocado por una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Este incremento corre a cargo del empresario y no es susceptible de aseguramiento. Lo mismo sucede en el ámbito societario, en cuanto a la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de su obligación legal de proceder a la disolución, prevista en el art. 365 de la LSCE. También, participan en cierta medida de la naturaleza de sanciones civiles, aquellas normas que prevén que la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho la víctima de un interés lesionado, se calcule a partir no sólo del daño efectivamente sufrido sino del beneficio obtenido por el infractor, como ocurre con el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar o con el art. 140.2.a del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual o el art. 42.3 de la Ley de Marcas 17/2001<sup>994</sup>.

Este tipo de sanciones no son ajenas a la legislación laboral y ni a la legislación societaria uruguaya. En el art. 4, § 3 de la Ley 10.449, se prevé una sanción al empleador que sea condenado judicialmente al pago de rubros salariales. La misma consiste en la condena preceptiva a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia de haberse visto obligado a promover un juicio para obtener la satisfacción de su crédito de naturaleza salarial. El monto de estos daños y perjuicios preceptivos es

---

<sup>993</sup> REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Tratado de responsabilidad civil* (2006), p. 88.

<sup>994</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, op. cit., pp. 15-49.

determinado por el juez, dentro de un tope que no puede superar el 50 % del monto total de los salarios debidos según haya sido determinado por la sentencia de condena<sup>995</sup>.

Del mismo modo, en materia societaria, en caso de nulidad no subsanable, la declaración de nulidad de la sociedad implica que los fundadores, socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión social deban responder solidariamente no sólo por los perjuicios causados, sino por el pasivo social (art. 28 LSC). Del mismo modo, si el órgano administrador rehúsa proporcionar total o parcialmente la información o copia de la documentación que por derecho le corresponde al accionista, éste puede pedir al juez que la ordene. En este caso, todos los gastos y honorarios que se devengan son de cuenta del administrador o de los directores omisos, los que responderán personal y solidariamente entre ellos (art. 321 LSC).

#### **4. Responsabilidad por el déficit y nexo causal**

Aun admitiendo que el régimen establecido por la LCE busca, en sentido amplio, la reparación del perjuicio que la insolvencia ha causado al crédito, alguna doctrina y jurisprudencia consideraba que la técnica utilizada no era la propia de la responsabilidad por daños sino otra que evitaba la prueba del daño y de la relación de causalidad. En especial, se hacía énfasis en que el sistema legal no se basa en la demostración de una relación de causalidad específica entre la conducta de los administradores y el daño efectivamente causado con esa conducta. La condena, en la cuantía que el juez del concurso determinase, se impondría, única y exclusivamente, como consecuencia de la calificación del concurso como culpable<sup>996</sup>. En este sentido, la jurisprudencia destacó que algunos de los hechos de calificación contemplados en los arts. 164.2 y 165 de la LCE era

---

<sup>995</sup> GARMENDIA ARIGÓN, *Eficacia práctica...* (2005), p. 83.

<sup>996</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad...», pp. 354 y 355.

imposible que originen o agraven la insolvencia, puesto que se verifican tras la declaración formal del concurso de acreedores<sup>997</sup>.

Así, por ejemplo, no existe duda de que la omisión del deudor en el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con su contabilidad (prevista como presunción relativa de culpabilidad en el n° 3 art. 165 LCE y art. 194 LC), difícilmente pueda tener una relación causal con la generación o agravación de la insolvencia. Luego, en la postura asumida por algunos tribunales, aunque dicha omisión permita presumir el dolo o la culpa grave, nunca ha de culminar en una condena contra los administradores por el déficit concursal<sup>998</sup>.

La exigencia de la constatación del nexo causal acaba de recibir consagración legal con la reforma incorporada por el Real Decreto-ley 4/2014, al apartado 1° del art. 172 bis. De la nueva redacción de este apartado se infiere terminantemente que la condena a la cobertura del déficit depende de la existencia de nexo causal entre la conducta que ha determinado la calificación culpable y la generación o agravamiento de la insolvencia.

### III. Función de garantía

#### *A. La función de garantía como consecuencia del cambio del modelo concursal y del modelo de responsabilidad civil*

##### 1. Cambio del modelo concursal

Tradicionalmente, la cesación de pagos del deudor era considerada como un estado patológico o morbo (*quiebra-delito*)<sup>999</sup>. Los quebrados eran tenidos por robadores públicos<sup>1000</sup> y, consecuentemente, si la quiebra se calificaba culpable o

---

<sup>997</sup> SJM 5 de Madrid de 16/2/2006 (AC 2006\238; ADCo 8, 2006, p. 478, LL 18.060/2006)

<sup>998</sup> SJM 6 de Pontevedra, de 25/5/2012 (AC\2012\381).

<sup>999</sup> MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, t. 5: *Quiebras*, 4ª ed. act. y amp. por RIPPE KÁISER, sobre anterior act. por PAYSÉE CASH y BERRO (1997), p. 11.

<sup>1000</sup> CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Curso de derecho concursal* (2000), p. 196.

fraudulenta, el juez de la quiebra debía remitir los antecedentes al juez penal o poner a su disposición al fallido si estuviere ya arrestado (art. 1668 CCom uruguayo)<sup>1001</sup>. Por ello, paradigmáticamente, RIPERT señalaba que «*La principale utilité de la faillite reste l'effroi qu'elle inspire aux commerçants*»<sup>1002</sup>.

Asimismo, tradicionalmente, desde el punto de vista civil, la cuestión de la responsabilidad apuntaba hacia los socios colectivos, a través de la *extensión de la quiebra* o *quiebra reflejo*<sup>1003</sup> (art. 1047 del CCom español de 1829<sup>1004</sup>, art. 923

---

<sup>1001</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra* (2004), p. 224.

<sup>1002</sup> RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3<sup>a</sup> ed., (1954), p. 1010.

RIPERT describe el modelo en los términos siguientes: «*La faillite a été originellement une procédure d'un caractère pénal dirigée contre les commerçants qui n'avaient point tenu leurs engagements. Les mesures contre les débiteurs insolvables étaient aggravées contre les banqueroutiers (...) La différence que fait le droit moderne entre la faillite et la banqueroute n'existait pas: tout failli était traité en criminel.*» (RIPERT, id., p. 1004).

<sup>1003</sup> CUZZERI, «Del fallimento», *Il Codice di Commercio Commentato*, 3<sup>a</sup> ed. coord. BOLAFFIO y VIVANTE, v. 8 (1911), p. 626; NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare: secondo la nuova legislazione* (1935), p. 249; RAMELLA, *Trattato del fallimento*, 2<sup>a</sup> ed. rev. y amp. (1915), v. 2, p. 459; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. 2, 18 ed. (1995), p. 484; URÍA, *Derecho mercantil*, 25 ed. (1998), p. 1083; URÍA, «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», *RDM* (1946) v. 2, n<sup>o</sup> 4, p. 34.

<sup>1004</sup> Este artículo sólo se refería a la sociedad colectiva. Alguna doctrina consideraba que, dado el carácter sancionador de ese precepto, no podía ser susceptible de una interpretación extensiva. Por lo tanto, sólo era aplicable a los socios colectivos. En cambio, existía doctrina que consideraba que, se hallaban en el mismo caso los gestores de las comanditarias, porque todos contraían obligación personal de quedar responsables con cuantos bienes poseyesen, si no alcanzaban los del fondo común, para cubrir las deudas sociales y, además, respondían solidariamente unos y otros entre sí (GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras* [1856] pp. 56 y 57).

del CCom español de 1885<sup>1005</sup> y art. 1576 del CCom uruguayo<sup>1006</sup>) y hacia los administradores con base en lo dispuesto por las legislaciones societarias (arts. 133-135 y 262.5 LSA, arts. 69 y 105.5 LSRL y arts. 83, 391 y art. 396 LSC<sup>1007</sup>).

En cambio, actualmente, se considera que la crisis de la empresa es una consecuencia inevitable y natural de la economía de mercado. Existiría un proceso natural por el cual, así como continuamente ingresan nuevas empresas al mercado, otras lo abandonan. La insolvencia sería un riesgo implícito en la propia actividad empresarial<sup>1008</sup>. Sobre la base de esta nueva concepción del origen de la insolvencia, las legislaciones concursales han evolucionado desde una posición que postula evitar la liquidación de activos empresariales, por encima de cualquier otra consideración, hacia otras, más moderadas, que propugnan sólo la conservación de la empresa viable y económicamente útil<sup>1009</sup>.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad, se abandona la vía de la quiebra reflejo para extender la liquidación al patrimonio de los socios colectivos

---

<sup>1005</sup> La Exposición de Motivos del CCom español justificaba la solución prevista en su art. 923 en los términos siguientes: «*El principio se funda en que esta clase de compañías sólo pueden ser declaradas en quiebra cuando no resulten bienes bastantes para satisfacer las deudas que hubieren contraído, ni en el haber de la misma, ni en el patrimonio de cada uno de los socios con responsabilidad limitada.*»

<sup>1006</sup> El art. 1576 del CCom uruguayo establecía lo siguiente: «*La declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen.*»

<sup>1007</sup> Art. 396 LSC: «*(Situaciones especiales). En caso de concordato, moratoria o liquidación judicial, la acción será resuelta y entablada por los interventores o síndicos designados en los respectivos trámites y en su defecto, por los acreedores individualmente.*»

<sup>1008</sup> LANSOT TOGNOLA, «El interés de los acreedores versus el principio de conservación de la empresa», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Crisis de la economía mundial y concursalidad* (2008), pp. 255 y 256.

<sup>1009</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*, 2ª ed. (2012), p. 41.

lo que implica, en sede concursal, asumir desarrollos ya adelantados por la doctrina en cuanto a sustituir la conexión entre la propiedad y el riesgo empresarial, por una conexión que vincula el riesgo empresarial al poder de decisión que modernamente en las sociedades mercantiles no está en los socios, sino en los administradores. Luego, el desplazamiento de la responsabilidad es un corolario del desplazamiento del poder de decisión<sup>1010</sup>.

## 2. Cambio del modelo de responsabilidad civil

El sistema clásico de responsabilidad se centraba en la imputación por culpa. La reparación del daño constituía la penitencia que se ligaba a la conducta negligente, pero la función compensatoria no desempeñaba sino un papel meramente complementario. Así fue plasmado en los arts. 1382 a 1386 del Código de Napoleón y desde allí derivó hacia nuestros códigos<sup>1011</sup>.

---

<sup>1010</sup> La conexión entre la propiedad y el riesgo empresarial, correspondiente a la concepción liberal tradicional, es sustituida por una conexión que vincula el riesgo empresarial al poder de decisión. Esta sustitución tiene su origen en las ideas de RATHEANU (*Die neue Wirtschaft*: 1925, pp. 121 y ss.), que culminan con la consigna consagrada en el § 70 de la Ley de Sociedades alemana de 1937, según la cual al órgano de administración le compete «*dirigir a la sociedad bajo su propia responsabilidad*». En general, sobre este punto vide: ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español* (1982), pp. 35 y 526; GALGANO, «El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas», *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, (1995), pp. 66 y 67. En particular, en su relación con lo concursal, vide: LIGHTMAN, «The challenges ahead: address to the Insolvency Lawyers' Association», *JBL*, v. 113 (1996); MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades*, pp. 386 y 387; RAJAK, BANNISTER y WHITE DURRANT, «Corporate insolvency law in the United Kingdom», *European corporate insolvency: a practical guide* (1995), p. 804.

<sup>1011</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, 3ª ed. (2009), p. 16; REGLERO CAMPOS, «Los sistemas de responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS (2006), p. 214.

La doctrina señala el punto de quiebre de este modelo, en una sentencia de la Cour de Cassation francesa, de 1896, en la que, frente al reclamo por los daños sufridos por la explosión de una caldera, se dictamina que «*la víctima de un accidente producido por una cosa está eximida, a tenor del artículo 1384.1º, de probar la culpa del responsable de la cosa*»<sup>1012</sup>. En la jurisprudencia española el cambio de modelo comienza recién con la STS de 10 de julio de 1943<sup>1013</sup>, donde se establece que «*si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causador por automóviles, no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción (...)*».

La consolidación de esta jurisprudencia ha conducido a que, en términos generales, modernamente se afirme que se debe responder ante los contratantes y frente a terceros, incluso cuando no concurra ni culpa ni negligencia, porque la simple explotación de una actividad económica con ánimo lucrativo crea un estado de riesgo<sup>1014</sup>. Según la llamada *doctrina del riesgo* quien aprovecha las ventajas de una conducta, una empresa, unos medios o instrumentos debe pechar, también, con los inconvenientes y éstos son, en primer lugar, reparar los daños que se causen por ello<sup>1015</sup>. La responsabilidad aparece, entonces, como un mecanismo de garantía, bajo el entendido de que la función de las normas que

---

<sup>1012</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, op. cit., p. 17.

<sup>1013</sup> STS de 10/7/1943, Sala 1ª (RJ 1943/856).

<sup>1014</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, p. 117; ROCA I TRÍAS, «Derecho de daños», *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*, coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ (2001), p. 464.

<sup>1015</sup> Concepto así expuesto en términos generales – no respecto a la responsabilidad por el déficit en particular, por O'CALLAGHAN MUÑOZ en «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual* (2007), p. 803.

establecen un régimen de responsabilidad puede ser múltiple o, cuando menos, no unívoca<sup>1016</sup>.

### ***B. La responsabilidad por el déficit concursal como responsabilidad por deudas***

Los radicales cambios tanto en el modelo concursal como en el modelo de responsabilidad civil, evidentemente deben incidir sobre la comprensión de las normas que regulan la responsabilidad por el déficit concursal. En forma consistente con esos cambios, alguna doctrina se ha mostrado partidaria, sea en forma explícita o implícita, a atribuirle a esta responsabilidad una función de garantía por las deudas sociales que han quedado en descubierto. Entendemos que a la misma idea obedece la tendencia de jurisprudencia española a calificar la responsabilidad por el déficit como una responsabilidad *por deudas* o *ex lege*.

#### **1. Legislación que atribuye responsabilidad a los administradores de hecho como garantía o mecanismo de distribución de riesgos**

La Ley de Responsabilidad Medioambiental española (LRM) establece responsabilidades por los daños medioambientales derivados de actividades económicas o profesionales<sup>1017</sup>. La responsabilidad se hace recaer sobre un sujeto especial, al que denomina *operador*.

Según expresamos al analizar la recepción del concepto de administrador de hecho en la legislación medioambiental, entendemos que éste debe entenderse

---

<sup>1016</sup> REBOLLO, «Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 558.

<sup>1017</sup> La jurisprudencia penal venía ya sosteniendo la responsabilidad de administradores y altos directivos, a través de la asignación a éstos de una posición de garante respecto de la preservación del medio natural, por el conocimiento de la actividad peligrosa realizada en el seno de la empresa y por el dominio funcional de la actividad (STS n° 1828 de 25/10/2002 [RJ 2002\10461], ponente SÁNCHEZ MELGAR).

comprendido en la definición legal de *operador*, a los efectos de atribuirle directamente la responsabilidad derivada del daño ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que le pudiere corresponder en función de encontrarse expresamente referidos en el art. 13.2 de la LRM.

La responsabilidad que se le atribuye en la LRM es de carácter objetivo y cumple una función de garantía, en aplicación de la *teoría del riesgo*<sup>1018</sup>. En primer lugar, esta conclusión deriva de observar que la LRM ha recogido una presunción de causa pues, salvo que se pruebe lo contrario, se presume que una actividad profesional ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a la naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlos (art. 3.1)<sup>1019</sup>. En segundo lugar, deriva del hecho de que el operador responde de los daños medioambientales derivados de la actividad económica o profesional que realiza, aun acreditando el cumplimiento estricto de las condiciones establecidas en la autorización y en la normativa aplicable. Para exonerarse de responsabilidad, el operador debe acreditar no sólo que la emisión o el hecho causante directo del daño constituyen el objeto de una autorización administrativa que se ha cumplido estrictamente, sino que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia (art. 14.2). De modo que el operador debe demostrar que observó un nivel superior de diligencia, adecuada al tipo de actividad y medio en el que se desarrolla, por

---

<sup>1018</sup> CASADO CASADO, «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre* (2008), pp. 245-250; SERRANO PAREDES, «En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas», *LL: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, v. 5 (2004), p. 1389.

<sup>1019</sup> GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 318.

encima de lo que establecen las normas legales y autorizaciones administrativas<sup>1020</sup>.

## **2. Doctrina que le atribuye a la responsabilidad por el déficit una función de garantía o de responsabilidad por deudas**

Un sector de la doctrina minoritario niega que la responsabilidad por el déficit concursal cumpla una función estrictamente indemnizatoria, pero tampoco le reconoce una función sancionatoria. Este posicionamiento no implica desconocer la existencia de daño patrimonial que, por otra parte, es irrefutable. Por el contrario, se considera que la extensión del área de responsabilidad por deudas de la concursada a las personas afectadas por la calificación culpable, trata de evitar o minimizar, precisamente, ese daño, brindando la posibilidad de que el déficit sea cubierto acudiendo a uno o varios patrimonios adicionales. De ese modo, se viene a completar en el concurso la garantía impuesta a los administradores por las deudas sociales en la etapa preconcursal por el art. 367 de la LSCE<sup>1021</sup>.

---

<sup>1020</sup> ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental* (1999), p. 185.

<sup>1021</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (comentario a la STS 1<sup>a</sup> de 23 de febrero de 2011)», *RDGP*, n.º 15 (2011), pp. 471 y 473; POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 405. Ésta parece ser, también, la opinión de GALLEGO SÁNCHEZ, en la medida en que comienza el tratamiento del tema expresando que no está muy segura de que la responsabilidad por el déficit se trate en todo caso de una responsabilidad civil por daño; luego señala que la calificación culpable puede estar determinada por la realización de algunos supuestos que se configuran como meros incumplimientos de deberes legales de los administradores, desconectados de la generación o agravamiento de la insolvencia; y, por último, recuerda que la mejor doctrina ha interpretado que, frente a casos incumplimiento de deberes atinentes a su cargo, la legislación societaria (art. 367 LSC) ha establecido una «responsabilidad sanción en garantía de deuda

Esta posición no pareciera distar mucho de la posición de aquella doctrina que, a pesar de caracterizar a la responsabilidad concursal como un supuesto de *sanción legal* o una responsabilidad de carácter punitivo, afirman que ésta requiere la imputabilidad de la infracción a un administrador «*que pasa a ser responsable de las deudas sociales*»<sup>1022</sup> o reconocen que se trata de una responsabilidad «*que se aproxima a la responsabilidad por deudas*», en la que es necesaria una imputación subjetiva, ya que no se aplica de forma automática<sup>1023</sup>.

Otros, descartando que esta responsabilidad tenga por función la indemnización de los daños derivados de la generación o el agravamiento del estado de insolvencia, directamente admiten que se está ante un caso de responsabilidad por deuda ajena, que se declarará cuando se den los presupuestos fijados en el art. 172 bis de la LCE<sup>1024</sup>.

### **3. Jurisprudencia que reconoce a la responsabilidad por el déficit como una responsabilidad por deudas o ex lege**

La jurisprudencia española, cuando la atribución de una función sancionatoria fue llevada a su última consecuencia lógica, hubo de cambiar el rumbo. La atribución de una función sancionatoria a la responsabilidad por el déficit, lleva a cuestionar la constitucionalidad del sistema legal y, por añadidura,

---

*ajena*» (GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», *Concurso e insolvencia punible* (2004), pp. 504 y 505).

<sup>1022</sup> ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, «El pago de las deudas sociales», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, v. 3, coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (2003), p. 1791.

<sup>1023</sup> MORALES BARCELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, pp. 256 y 474.

<sup>1024</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), p. 1693; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, *Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, 20 ed. a cargo de MARTÍNEZ SANZ (2013), p. 640.

enfrenta al art. 172 bis ante el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionatorias<sup>1025</sup>.

El cambio de rumbo se evidenció en el hecho de que algunas sentencias hayan optado por no categorizar terminantemente la función de la responsabilidad por el déficit concursal. Se ha preferido, en lugar de ello, referirse a la responsabilidad por el déficit como una responsabilidad *por deudas o ex lege*<sup>1026</sup>.

---

<sup>1025</sup> LÓPEZ GUERRA et al., *Derecho constitucional*, v. 1, 4<sup>a</sup> ed. (2000), pp. 71-73. Sobre esta cuestión, se trae a colación lo establecido en la DT 3<sup>a</sup> del CCE y, también, el art. 9.3 de la Constitución española, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Es dudoso que pueda fundarse la retroactividad, en función de lo dispuesto en la DT 10 de la Ley 38/ 2011, en el caso que se estime que la responsabilidad por el déficit tiene función sancionatoria. Podría entenderse, por quienes le atribuyen esta función, que a pesar de lo allí dispuesto, no procede la aplicación de la nueva ley para la atribución de responsabilidades por aquellos actos que se cometieron antes de su entrada en vigor, en función del principio de seguridad jurídica y del respeto a los derechos adquiridos (VILATA MENADAS, op. cit., p. 139. SJM 2 de Pontevedra, de 20/10/2009, *ADCo* 17, 2009-2, p. 607). En cambio, si no se le atribuye esta naturaleza, pareciera no haber obstáculo para la aplicación de una condena al pago del déficit concursal, fundada en actos anteriores a la vigencia de la LCE. Así lo ha entendido el TS, en su jurisprudencia reciente (STS n° 56, de 23/2/2011, *RJ* 2011\2475, ponente FERRÁNDIZ GABRIEL).

<sup>1026</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 20/1/2012 (*AC* 2012\286); SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (*JUR* 2012/43817); SSAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009 (*AC* 2009\294); de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (*AC* 2008\834; *ADCo* n° 17, 2009-2, pp. 533 y ss.).

Ésta ha sido, también, la jurisprudencia sostenida por los JJM de Madrid, a saber: SSJM 5 de Madrid, de 5/12/2007 (*ADCo* n° 12, 2007, p. 531); de 11/7/2007 (*ADCo* n° 13, 2008, p. 546); de 26/6/2007 (*ADCo* n° 13, 2008, p. 536); de 18/1/2007 (*JUR* 2007\368567; *ADCo* n° 12, 2007, p. 534), cuya apelación diera lugar a la SAP que se comenta en este apartado; y de 16/2/2006 (*AC* 2006\238; *ADCo* n° 8, 2006, p. 478 y ss.). SSJM 1 de Madrid, de 24/7/2007 (*ADCo* n° 13, 2008, p. 552); de 4 de junio de 2007 (*ADCo* n° 13, 2008, p. 521) y de 16 de enero de 2007 (*ADCo* n° 11, 2007, p. 537).

***a. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo Mercantil***

En algunas sentencias se categorizó a la responsabilidad por el déficit concursal como una responsabilidad *ex lege*. Esto supone que – aun reconociendo la necesidad de una imputación subjetiva y no automática de ciertas conductas a determinados administradores sociales - no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a las personas afectadas por la calificación, de los hechos u omisiones determinantes de la calificación<sup>1027</sup>. Tampoco sería necesaria la prueba de la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda. Esto es, no es necesario un enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la LCE<sup>1028</sup>.

---

<sup>1027</sup> En este sentido, por ejemplo, concluye la AP de Madrid: «(...) *no tiene que abordar el tribunal, en sede de aplicación del artículo 172.3 de la LC , un juicio sobre las intenciones del administrador de generar o agravar la insolvencia societaria, ni sobre lo acertado de sus alegados intentos de afrontar la situación económica de la concursada, basta con que hayamos considerado el concurso culpable (en este caso mediante el recurso a una presunción legal iuris tantum) para que no tengamos que exigir una nueva determinación de la relación causal para proceder a la imposición de la responsabilidad concursal al administrador al que subjetivamente puede imputarse la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable. Y siendo el demandado D. Marcos, como administrador único de la concursada en ese período 2004 a 2006 al que aquí se ha hecho referencia, el firmante de las citadas cuentas consideradas irregulares y el responsable último de que en la entidad se cumpliesen con rectitud con las correspondientes obligaciones contables, no puede eludir tal imputación.*» (SAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009 [AC 2009\294]).

<sup>1028</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (*JUR* 2012/43817) ponente SENDINO ARENAS

La SAP de Madrid así lo consignó al confirmar lo resuelto por el JM, que calificara como culpable al concurso de la sociedad *Ellert Retail Management Systems, SL*. Como consecuencia de esta calificación, el administrador resultó inhabilitado para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona por período de

La jurisprudencia que estamos comentando llegó a hacer un razonamiento muy fino, en alusión a la distribución del *coste de la insolvencia*. Según ésta, la insolvencia fortuita del deudor es un riesgo general de la vida que deben asumir los acreedores. Cuando el estado de insolvencia es imputable al comportamiento culpable de los administradores u otros afectados por la calificación del concurso, se provoca una alteración no permitida de ese riesgo. Consecuentemente, el legislador reacciona permitiendo la imputación del riesgo a las personas afectadas por la calificación culpable del concurso. La responsabilidad concursal, entonces, cumple una función de atribución del riesgo de insolvencia de la persona jurídica concursada, pero no de indemnización<sup>1029</sup>.

Según se expresó al analizar el cambio de la jurisprudencia en páginas anteriores, coincidiendo con el razonamiento que acabamos de expresar, la AP de Barcelona categorizó a la responsabilidad por el déficit como un régimen cuya función es la distribución o atribución de los riesgos, del mismo modo que la responsabilidad por deudas del art. 367 de la LSCE<sup>1030</sup>. Consecuentemente, admitió que lo establecido por el legislador es que, para determinar la responsabilidad por el déficit, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que

---

cinco años. Se le condenó, además, a la devolución de la cantidad indebidamente obtenida del patrimonio del deudor, fijada en 116.639,80 euros y se le condenó a cubrir el déficit concursal hasta la cantidad de 636.066,38 euros (SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 [AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.] ponente SARAZA JIMENA).

<sup>1029</sup> En este mismo sentido, la AP de Valladolid ha argumentado que, aunque la insolvencia del deudor es uno de los riesgos previsibles por quienes participan en el tráfico económico, no es justo que sean los acreedores quienes deban de sufrir las consecuencias negativas de dicha insolvencia, cuando existen administradores que, por concurrir los graves supuestos de culpabilidad previstos en la LCE, han generado o agravado la insolvencia y el déficit concursal de la sociedad deudora (SAP de Valladolid, Sec. 3, n° 3 de 10/1/2012 [JUR 2012/43817], ponente SENDINO ARENAS).

<sup>1030</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 15, n° 195 de 13/5/2013 (JUR 2013\221308) ponente RALLO AYEZCUREN y de 23/4/2012 (ROJ 2012\176693) ponente GARNICA MARTÍN.

sería indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños<sup>1031</sup>.

***b. Jurisprudencia del TS del 2011 y su interpretación por la SAP de Barcelona 23 de abril de 2012***

A partir de la sentencia n° 53 del 23 de febrero de 2011<sup>1032</sup> - según ya comentamos en páginas anteriores – confirmada por las sentencias de 12 de setiembre<sup>1033</sup>, 6 de octubre<sup>1034</sup> y 17 de noviembre<sup>1035</sup> de ese mismo año, según la interpretación de alguna doctrina, el TS se habría decantado en forma contundente por la posición jurisprudencial preconizada originalmente por la Sec. 15 de la AP de Barcelona y atribuido a la responsabilidad concursal por el déficit una función resarcitoria del daño causado a los acreedores<sup>1036</sup>.

Sin embargo, paradójicamente, la AP de Barcelona, en sus sentencias de 23 y 24 de abril de 2012<sup>1037</sup> – asumiendo una posición diametralmente opuesta a la jurisprudencia que hasta entonces mantenía – señaló que el expreso rechazo de la jurisprudencia del TS respecto a la función sancionadora de la responsabilidad por el déficit, no significa necesariamente que se le atribuya una función resarcitoria y que estemos frente a una responsabilidad por daño y culpa, como tampoco ocurre en la responsabilidad por deudas del art. 367 de la LSCE que, también, cumple indirectamente una función indemnizatoria. Según la interpretación de la AP de Barcelona, la doctrina jurisprudencial del TS no le

---

<sup>1031</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 23/4/2012 (ROJ 2012\176693).

<sup>1032</sup> STS n° 56, de 23/2/2011 (RJ 2011\2475) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1033</sup> STS n° 615 de 12/9/2011 (RJ 2011\6416) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1034</sup> STS n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1035</sup> STS n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368) ponente CORBAL FERNÁNDEZ.

<sup>1036</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *ADCo* (2012), n° 26, p. 199.

<sup>1037</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 15, n° 154 de 23/4/2012 (JUR 2012\176693) y n° 155 de 24/4/2012 (AC 2012/961), en ambas ponente GARNICA MARTÍN.

atribuye a la responsabilidad por el déficit el carácter de una acción de daños, porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo, sino a algo distinto: el *«daño que indirectamente fue causado a los acreedores»*. Por consiguiente – dice la AP de Barcelona – si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo, sino el indirecto, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, del nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso.

Lo que consideró la AP de Barcelona que el TS ha querido afirmar, no es que la responsabilidad establecida en el art. 172 bis sea una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia), sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se entiende, según la AP de Barcelona, que la STS de 6 de octubre de 2011 no haya estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado el administrado al pago del déficit.

Asimismo, entendió la AP de Barcelona que la reforma operada por la Ley 38/2011 contribuyó a acentuar la idea de que la responsabilidad por el déficit es una responsabilidad por deudas. La expresión déficit asimila esa responsabilidad a otras acogidas por legislaciones como la francesa (acción de complemento del pasivo) y británica (sec. 214 de la IA de 1986), que no son normas de responsabilidad por daños, sino exclusivamente normas de imputación de responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial.

También, consideró la AP de Barcelona que la naturaleza meramente atributiva de responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el § 2 del art. 172 bis.1, en cuanto a que *«el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de*

*calificación como a los determinantes de la reapertura*». Esto significa, según la AP de Barcelona, que para determinar la responsabilidad no se ha de atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido, sino meramente a los hechos declarados probados, lo que sería indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

La finalidad que el art. 172 bis persigue no es, según la última jurisprudencia de la AP de Barcelona, estrictamente resarcitoria – para lo que ya existen otras normas en la LCE (art. 172.2.3º) o en la legislación societarias (en particular, la acción social de responsabilidad), sino de distribución o atribución de la responsabilidad derivada de la insolvencia. En suma, según la AP de Barcelona, se trata de una norma de distribución o atribución de riesgos. El riesgo de insolvencia deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso.

La AP de Barcelona, entonces, consideró que, en tanto norma de imputación de riesgos, el art. 172 bis debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva. Esto significa establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago del descubierto. Esa conexión se podría romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo o incluso excluyendo la responsabilidad de las personas afectadas por la calificación<sup>1038</sup>.

Aplicando las consideraciones precedentes al caso que le correspondía decidir, la AP de Barcelona señaló que no se trata de enjuiciar en qué medida el descubierto es consecuencia directa de la decisión de los administradores de demorar la solicitud de concurso más allá del plazo legal o de las gravísimas irregularidades contables constatadas en la primera instancia. De lo que se trata –

---

<sup>1038</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, nº 195 de 13/5/2013 (*JUR* 2013\221308) ponente RALLO AYEZCUREN.

según la AP de Barcelona - es de determinar en qué medida es imputable a los administradores el déficit originado en el patrimonio de la concursada y para ello no debe atenderse a cada uno de los hechos que fundan la declaración de culpabilidad como si se tratara de «*actos dañosos*». No corresponde analizar si existe nexo causal entre la conducta imputada a los administradores que ha determinado la calificación culpable del concurso y el concreto agravamiento de la insolvencia, sino en si ese agravamiento le es imputable a los administradores y en qué medida. Para hacer este juicio no son indiferentes los hechos que han determinado la calificación, pero no se toman en consideración como hechos originadores de un concreto daño. Se trata, exclusivamente, de un parámetro más para hacer correctamente el juicio de imputación del déficit.

#### *d. Jurisprudencia del TS reciente*

En la jurisprudencia reciente del TS se confirmó la consideración de la responsabilidad por el déficit como una responsabilidad por deudas. A la responsabilidad por el déficit, según esta jurisprudencia, no le es atribuible plenamente la función indemnizatoria, puesto que la verificación de los supuestos de culpabilidad hacen innecesario ingresar al análisis de la generación o agravación de la insolvencia, del mismo modo que tampoco le es atribuible una función sancionadora, puesto que no es posible eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado<sup>1039</sup>.

En esta jurisprudencia se indicó que la responsabilidad por el déficit no se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, cuya exigibilidad sólo requiere ostentar la condición de administrador o liquidador (de hecho o de derecho) o apoderado general que el concurso sea calificado como culpable, la apertura de la fase de liquidación y la

---

<sup>1039</sup> SSTS n° 74 de 28/2/2013 (RJ 2013\4593) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS y n° 298 de 21/5/2012 (ROJ 4441\2012) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

existencia de créditos fallidos<sup>1040</sup>. Si la culpabilidad del concurso es determinada, en particular, en función de inexactitud grave o falsedad en los documentos que acompañan a la solicitud de declaración de concurso – a juicio del TS – la condena es independiente de la prueba de la generación o agravamiento de la insolvencia y sólo está condicionada a la ejecución de la conducta descrita, que basta para determinarla por sí sola<sup>1041</sup>.

En su sentencia n° 459 de 19 de julio de 2012, sobre un supuesto similar, el TS confirmó la calificación del concurso como culpable, dado el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad, la comisión de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad y el alzamiento con parte de los bienes de la concursada en perjuicio de los acreedores. También, se confirmó como procedente la condena de dos administradores de la sociedad, de derecho y de hecho, no sólo a dos años de inhabilitación, sino al pago del veinticinco por ciento del importe de los créditos reconocidos que no perciban en la liquidación de la masa activa<sup>1042</sup>.

### *C. Fundamentación de la postura*

#### **1. Argumentación fundada en la interpretación literal del art. 172 bis**

En una interpretación literal de la redacción original del art. 172 bis se destacaba, tanto en doctrina<sup>1043</sup> como en jurisprudencia<sup>1044</sup>, que no existía mención alguna a la exigencia de causalidad entre una conducta y un daño, sino una *«previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas»* (las de la sociedad de la

---

<sup>1040</sup> STS n° 74 de 28/2/2013 (RJ 2013\4593) ponente GIMENO–BAYÓN COBOS.

<sup>1041</sup> STS n° 501 de 16/7/2012 (ROJ 5172/2012; RJ 2012/9330) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS. Criterio seguido en la jurisprudencia reciente: SAP de A Coruña, Sec. 4ª, n° 41 de 7/2/2013 (AC 2013\906).

<sup>1042</sup> STS n° 459 de 19/7/2012 (ROJ 6086/2012; RJ 2012/9000) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1043</sup> MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, pp. 262-270.

<sup>1044</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.) ponente SARAZA JIMENA.

que es administrador o liquidador) exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho.

Según la AP de Barcelona, la reforma operada por la Ley 38/2011 habría contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit. La referencia a la expresión *déficit* reforzaría la idea de que había que asimilar esta institución de la LCE con otras similares acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales extranjeros, que establecen un régimen de imputación de responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial<sup>1045</sup>.

Asimismo, consideró que esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el § 2º del art. 172 bis apartado 1: «... *el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura*». Por consiguiente, según la AP de Barcelona, lo que establecía el legislador era que, para determinar la condena, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que sería indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

Como es evidente, esta argumentación se encuentra hoy contradicha expresamente por la nueva redacción que el Real Decreto-ley 4/2014 dio al apartado 1º del art. 172 bis. En la nueva redacción de este apartado se establece que el juez podrá condenar en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia, por lo cual no cabe duda que la norma exige la demostración de que existe nexo causal entre la conducta referida y el daño provocado por la generación o agravamiento de la insolvencia.

---

<sup>1045</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 23/4/2012 (ROJ 2012\ 176693) ponente GARNICA MARTÍN.

## 2. Argumentación fundada en la interpretación lógico-sistemática

No sería aceptable, según la AP de Barcelona, que el art. 172 bis establezca dos sistemas de responsabilidad contradictorios entre sí o que respondan a principios distintos: uno de responsabilidad por daño, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 165 de la LCE y el otro de responsabilidad por deudas, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 164.2. Lo que cree la AP de Barcelona que el TS ha querido decir es que ambos son supuestos de responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados, sino plurales y abiertos, y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso. Por esa razón el legislador no se limita a establecer la responsabilidad por todo el descubierto o déficit y deja que sea el juez quien en cada caso precise su importe<sup>1046</sup>.

Por los argumentos hasta aquí reseñados, la AP de Barcelona consideró que la función de la responsabilidad por el déficit no es estrictamente resarcitoria, para lo que ya existen otras normas en la propia LCE, como la del art. 172.2-3º o en la legislación societaria (las diversas acciones de responsabilidad por daños, particularmente la acción social), sino de distribución o atribución de la responsabilidad derivada de la insolvencia. En suma - según la AP - se trata de una norma sobre distribución o atribución de los riesgos; en el caso, de atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso.

### *D. Argumentación en contrario*

Contra el posicionamiento que acabamos de reseñar respecto a la función de la responsabilidad por el déficit concursal se han planteado diversas objeciones.

---

<sup>1046</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 23/4/2012 (ROJ 2012\ 176693), ponente: GARNICA MARTÍN.

En primer lugar, se ha señalado que la referencia al pago «*total o parcial*» no se ajusta exactamente a un esquema de responsabilidad por deudas. En realidad, si los criterios aplicables para su concreción – que no están determinados legalmente – se vinculan con el nexo causal entre la conducta del administrador y el daño, y la culpa de éste en la causación del resultado, el argumento se revertiría, abonando para la tesis de la responsabilidad-indemnización<sup>1047</sup>.

En cuanto al fondo de la cuestión, se ha señalado recientemente que la tesis de la jurisprudencia reciente del TS no facilita criterios justificados, claros y precisos para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, sino que conduce a la falta de seguridad jurídica. En particular, se considera que la referencia a «*la gravedad objetiva de la conducta*» puede resultar demasiado genérica, si no se acompaña de ulteriores precisiones. Tampoco se comparte la prescindencia total del nexo causal que se propone en esta jurisprudencia<sup>1048</sup>.

## Nuestra posición

Por nuestra parte consideramos que no se está ante una disyuntiva de hierro que deba dilucidarse, necesariamente, entre la atribución de una función reparatoria o la atribución de una función punitiva. Sobre todo consideramos que las funciones referidas no se excluyen mutuamente<sup>1049</sup>. Tal vez el primer paso para resolver esta disyuntiva esté en dejar de plantear la cuestión como un tema atinente a la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el déficit concursal y,

---

<sup>1047</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 96.

<sup>1048</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil*, pp. 1609 y 1610.

<sup>1049</sup> Aunque se pronuncia en favor de la atribución de una función sancionadora a la responsabilidad por el déficit, BELTRÁN SÁNCHEZ reconoce como evidente que la función de la responsabilidad concursal es tanto sancionatoria como indemnizatoria (BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)», *RDS*, n° 39 [2012], p. 359).

en lugar de ello y como hemos propuesto desde el inicio del análisis de esta cuestión, verlo desde la perspectiva de la función de la norma que establece esta responsabilidad.

Visto así aparece como innegable que la norma tiene como una de sus funciones, la de reparar el daño que la insolvencia de la concursada ha causado a los acreedores. Se trata, eso sí, de un resarcimiento al que la Ley ha enmarcado dentro de los límites del llamado déficit concursal.

No obstante, también es innegable que la norma que establece en cabeza de administradores, liquidadores y apoderados generales una responsabilidad por el déficit pretende cumplir con una función sancionadora. La norma apunta al incumplimiento de deberes inherentes a los cometidos de éstos y les sanciona sea por omisión o por su violación. De esa manera, como es propio de los regímenes sancionatorios, la norma previene a aquellos sobre los que recae el poder de decisión en las sociedades, respecto a conductas desviadas en cuanto al fiel cumplimiento de sus deberes para con la persona jurídica administrada y los terceros que se relacionan con ella.

Luego, que la sanción pueda ser moderada, atribuida sólo a algunos de los administradores o incluso obviada si éstos consiguen demostrar que, dadas las circunstancias del caso, actuaron diligentemente, es harina de otro costal. Corresponde al concepto originario de sanción que exista un nexo causal entre el sujeto sancionado y la violación de la norma, del mismo modo que el comportamiento debe ser culpable para merecer sanción. Es decir, debe ser posible la imputación, pero esto no le atribuye a la responsabilidad una función exclusivamente indemnizatoria.

Sin perjuicio de ello, en algunos supuestos legales, la culpa se presume *iuris et de iure* o *iuris tantum*, en función del encuadramiento del comportamiento de los afectados por la calificación en ciertas omisiones o acciones, para las cuales el legislador ha considerado necesario aligerar la carga probatoria de la administración concursal o invertir esa carga para hacerla recaer sobre los afectados. Esto tampoco convierte impide reconocer que la norma cumple una

función indemnizatoria ni implica, necesariamente, establecer responsabilidades de tipo objetivo.

Lo que venimos de expresar, naturalmente, no constituye ningún descubrimiento, sino que ha sido advertido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, PRENDES CARRIL advierte que estamos ante una «*responsabilidad a caballo*», un *tertium genus* entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad-sanción, aunque reconociendo la incidencia que tanto la culpa como la relación causal tiene sobre el régimen en análisis<sup>1050</sup>. En un sentido similar, BELLO MARTÍN-CRESPO, a pesar de sustentar su naturaleza sancionatoria, alude a la «*doble función*» de la responsabilidad concursal, pues «*la consecuencia jurídica prevista en la norma está también concebida como un mecanismo para procurar una mayor satisfacción de los acreedores como directos perjudicados por el concurso*»<sup>1051</sup>. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO afirma que el art. 172.3 de la LCE opera con «*una finalidad resarcitoria no exenta de un cierto carácter sancionador*»<sup>1052</sup>. Asimismo, GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA parecen hacer referencia a esta doble función, cuando aluden a la existencia de un vínculo entre la responsabilidad del art. 172.3 LCE y el daño ocasionado a los acreedores «*dado que si sus créditos han sido totalmente satisfechos, no procederá la aplicación de aquella sanción*». Se trataría, entonces, en su opinión, de una «*original sanción*»

---

<sup>1050</sup> PRENDES CARRIL, «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva», *AJA*, n° 731 (2007), pp. 11 y 12.

<sup>1051</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), p. 1693.

<sup>1052</sup> SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* (2007), p. 455.

que, además de su natural función punitiva cumpliría, en cierta medida, una función resarcitoria<sup>1053</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, creemos que éste es el posicionamiento que ha asumido la mayoría del TS, aunque no lo haya expresado en una forma tan terminante, entre otras cosas, porque es innecesario que lo haga. Así, también, ha sido advertido, en particular, por la jurisprudencia de la AP de Granada, según la cual la responsabilidad por el déficit cumple una doble función: además de resarcir a los acreedores, también, sanciona a los administradores<sup>1054</sup>.

Sin embargo, lo más importante de la jurisprudencia reciente, especialmente del TS, consiste en atacar directamente el centro de la cuestión, soslayando el debate doctrinario respecto a la función de la responsabilidad por el déficit que - como opina BELTRÁN SÁNCHEZ - es una mera *quæstio nominis*<sup>1055</sup>. Y el centro de la cuestión consiste en establecer si es imprescindible o no, la acreditación de la existencia de un nexo causal entre los supuestos legales de responsabilidad previstos en el apartado 2 del art. 164 de la LCE (equivalente al art. 193 LC) y la generación o agravación de la insolvencia a que se refiere el apartado 1 del art. 164 de la LCE (equivalente al § 2 art. 192 LC).

En este sentido la jurisprudencia del TS dio una respuesta negativa, según ya se reseñó. La referencia del apartado 2 del art. 164 respecto a que, dados los supuestos legales allí enumerados, el concurso se calificará culpable «*en todo caso*», no puede ser ignorada por el intérprete. Constatada la configuración de cualquiera de los supuestos allí previstos, según el TS - tengan o no las acciones u omisiones correspondientes nexo causal con la insolvencia de la concursada,

---

<sup>1053</sup> GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), p. 1977.

<sup>1054</sup> SAP de Granada, Sec. 3<sup>a</sup>, de 15/5/2009 (AC 2009\1091).

<sup>1055</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Barcelona 23.4. 2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)», *RDS*, n° 39, p. 359.

corresponde que el concurso sea calificado culpable. Luego, el art. 172 bis de la LCE al establecer los presupuestos de una condena a la cobertura del déficit, no exigía que se acreditara la existencia del nexo causal referido. Bastaba, entonces, con que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y que todos o algunos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales hayan sido declarados personas afectadas por la calificación culpable del concurso. Si la calificación culpable hubiera derivado del supuesto de generación o agravamiento de la insolvencia, doloso o culpable, previsto en el apartado 1 del art. 164, el nexo causal habrá sido acreditado a los efectos de dicha calificación, por lo que no corresponde que sea reexaminado para establecer si se condena o no a la cobertura del déficit; si la calificación culpable obedeció a la verificación de cualquiera de los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 164, el nexo causal con la generación o agravación de la insolvencia es indiferente a los efectos de determinar si se condena o no a los afectados por la calificación.

Esta jurisprudencia nos parece que se ajusta a la orientación del moderno Derecho de daños<sup>1056</sup>, en tanto advierte la función de garantía que cumple la responsabilidad por el déficit. Es posiblemente más acertado – especialmente en materia concursal – centrar el análisis en el crédito y su tutela, en lugar de la obligación de resarcir como sanción, propio de un modelo de quiebra-castigo. La función de garantía es coherente, entonces, con una legislación concursal que pretende ser un sistema de distribución de los riesgos de todos los que operan en el mercado, para el cual la culpa y el nexo causal con la insolvencia, así como otros supuestos, operan principalmente como factor de atribución de dichos riesgos.

---

<sup>1056</sup> BUSTAMANTE ALSINA, «El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio...* (1997), p. 15; CALVO COSTA, «Las nuevas fronteras del daño resarcible», *LL*, 2005-D, p. 1413; LORENZETTI, «La responsabilidad civil», *LL*, 2003-A, p. 973; SAGARNA, «La responsabilidad civil en el último año del siglo XX: síntesis de una evolución», *LL*, 2000-D, p. 1000.

La reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014 en lo que respecta al art. 172 bis, evidentemente ha de incidir sobre la doctrina y jurisprudencia futuras, en tanto claramente refuerza la postura de aquellos que atribuyen a la responsabilidad por el déficit una función indemnizatoria. La exigencia expresa de la comprobación de la existencia de un nexo causal entre la conducta que ha determinado la calificación culpable y la generación o agravamiento de la insolvencia que ahora surge del art. 172 bis ha venido a dilucidar, en nuestra opinión, la controversia sobre lo sustancial de la controversia respecto a la función de la responsabilidad por el déficit. La cuestión mantiene su interés, no obstante, respecto a la legislación uruguaya.

## TERCERA PARTE: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL

### *Capítulo primero: Presupuestos procesales*

La posibilidad de que se llegue a una condena a responder por el déficit concursal depende de varios presupuestos procesales. En primer lugar, se debe haber formado la sección de calificación (art. 167 LCE) o, como se denomina en la legislación uruguaya, el incidente de calificación (art. 196 LC). En segundo lugar, la sección de calificación se debe haber formado o reabierto, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 172 bis LCE)<sup>1057</sup>; este presupuesto no es necesario en la legislación uruguaya, puesto que, según se expondrá en las páginas siguientes, la condena por el déficit concursal puede proceder, igualmente, en el caso en que se apruebe un convenio (art. 201, § 2, LC). En tercer lugar, debe existir una propuesta de calificación culpable de la administración concursal o un dictamen en dicho sentido del MF.

### **I. Formación de la sección de calificación**

Tal como se acaba de expresar, tanto en la legislación española como en la uruguaya, la posibilidad de que se condene por el déficit concursal depende, en primer lugar, de que se haya formado la sección o el incidente de calificación. La

---

<sup>1057</sup> La vinculación necesaria entre apertura de la fase de liquidación y la responsabilidad por el déficit concursal, ha sido considerada como una *incongruencia jurídico-conceptual*, puesto que algunos convenios pueden resultar más lesivos para los acreedores que la propia liquidación. Vide: ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» [2003], p. 536); FER-NÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 718; HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal?» *DN*, v. 139, abril, pp. 1-17 (2002), p. 11; MORALES BAR-CELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles...*, pp. 159 y 469; VÁZQUEZ ALBERT, «El concurso de las personas jurídicas», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4 (2004), pp. 1062 y 1063.

finalidad de la sección sexta es la de calificar el concurso como fortuito o culpable. En este último supuesto, la sentencia que culmine el incidente, determinará las personas afectadas por la calificación y, en su caso, cómplices, estableciendo una serie de pronunciamientos sobre los efectos personales y patrimoniales que la declaración culpable del concurso conlleva<sup>1058</sup>.

#### ***A. Comparación de las legislaciones española y uruguaya***

En la legislación española, al igual que en la legislación uruguaya, la sección de calificación o incidente de calificación, se forma por orden del juez, que se debe expedir en la misma resolución en que se aprueba el convenio, el plan de liquidación o se ordena la liquidación (art. 167 LCE y 196 LC)<sup>1059</sup>. En el Derecho concursal argentino no se califica la conducta del deudor, así como tampoco se prevén responsabilidades penales especiales.

En la legislación concursal española - a partir de la reforma del 2011 - la apertura de la sección de calificación procede siempre, salvo que se apruebe un convenio en que se haya otorgado una quita inferior al tercio del importe de los créditos o una espera inferior a los tres años (art. 167.1, § 2, LCE)<sup>1060</sup>. Es evidente

---

<sup>1058</sup> SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 (AC/2011/246).

<sup>1059</sup> Art. 196 LC: «(Formación del incidente de calificación). En la misma resolución por la que apruebe el convenio u ordene la liquidación de la masa activa, el Juez del Concurso mandará formar el incidente de calificación, que se abrirá con la solicitud de declaración del concurso de acreedores y los documentos adjuntos y con la sentencia que lo hubiera declarado.

*No procederá la formación del incidente de calificación cuando concurran acumulativamente las siguientes condiciones:*

- 1. El concurso de acreedores fuera voluntario.*
- 2. El convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años o, en caso de liquidación, que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo.»*

<sup>1060</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, *Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, 20 ed. a cargo de MARTÍNEZ SANZ (2013), p. 633;

que, aun cuando la quita sea inferior al tercio del importe de los créditos o la espera sea inferior a los tres años, objetivamente, se ha producido un daño a los acreedores – a pesar de lo cual la LCE no habilita la posibilidad de responsabilizar a los administradores<sup>1061</sup>.

Esto no es así en la legislación uruguaya. La solución de principio que provee la LC es que el incidente de calificación debe tramitarse toda vez que se decrete la liquidación o que se apruebe un convenio. La LC sólo admite que se omita su tramitación, como excepción, cuando se verifican, acumulativamente, tres condiciones: que el concurso haya sido voluntario; que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo que no supere los dos años; y que, en caso de liquidación, el activo del deudor sea suficiente para satisfacer su pasivo (art. 196).

### ***B. Hipótesis en que procede la formación de la sección de calificación previstas en los arts. 163 y 167 de la LCE***

En la legislación española, el incidente de calificación se forma en varias hipótesis en que la solución concursal resulta especialmente gravosa para los acreedores<sup>1062</sup>, siempre y cuando la masa activa sea suficiente para atender los costes del proceso concursal<sup>1063</sup>: 1. cuando se abre la fase de liquidación (art.

---

CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil*, p. 1584.

<sup>1061</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10 (2009), p. 27.

<sup>1062</sup> BENAVIDES y GUERRERO, *op. cit.*, p. 178.

<sup>1063</sup> La SAP de Zaragoza, Sec. 5ª, de 25/11/2010 (AC/2011/74), confirmatoria de la sentencia de primera instancia, consideró improcedente abrir la sección sexta, dada la manifiesta inexistencia de bienes de la concursada siquiera para cubrir gastos básicos del proceso, aun admitiendo la existencia de indicios relevantes que apuntaban a una calificación del concurso como *culpable* y, por ende, con altas posibilidades de vincular los bienes de la administradora para la satisfacción de la deuda de la concursada. Se dice en esta sentencia que la calificación

163), salvo que se apruebe judicialmente un convenio con quita inferior a un tercio del importe de los créditos o con espera inferior a tres años; 2. cuando se incumple el convenio, puesto que este hecho conduce a la liquidación (art. 167)<sup>1064</sup>.

La doctrina señala que la solución legal puede derivar en una utilización estratégica que lleve a los acreedores a rechazar un convenio. Al añadir la responsabilidad patrimonial de los administradores por el déficit concursal, los acreedores pueden llegar a tener una mayor oportunidad de recuperar sus créditos en la liquidación que en un convenio. Por lo tanto, eventualmente, los acreedores pudieran llegar a rechazar un convenio que razonablemente permitiría la continuidad de la empresa, en pos de una condena contra los administradores en la fase de liquidación<sup>1065</sup>.

A su vez, la exclusión de la posibilidad de condenar a los administradores por el déficit concursal, en caso de convenio no gravoso, ha sido criticada por alguna doctrina, puesto que el mero hecho de la existencia de ese convenio no excluye el posible daño a la sociedad y a sus acreedores, ni mucho menos releva el reproche sancionador que podría corresponder frente a una actuación gravemente culpable o dolosa de los administradores, liquidadores o apoderados generales<sup>1066</sup>.

---

no es la finalidad del concurso. Es un medio para conseguir un fin y éste no sería exigir responsabilidades de terceros.

<sup>1064</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10 (2009), p. 27.

En la LC no se previó qué sucedería si el convenio, en las condiciones exigidas por el artículo que comentamos, fuese incumplido y se procediese a la liquidación.

<sup>1065</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la «naturaleza» de la responsabilidad...», pp. 351 y 352. BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal...», *RDS*, n° 39, p. 359.

<sup>1066</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto...)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), p. 307; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 712.

La Ley 38/2011 modifica la redacción de la norma que impone la apertura de la sección de calificación en caso de convenio con quita igual o superior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a un año, en un detalle que la doctrina<sup>1067</sup> y la jurisprudencia<sup>1068</sup> han demostrado ser relevante. En la anterior redacción se establecía que se formaría la pieza de calificación cuando se aprobara un convenio con una quita, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, superior a un tercio; es decir, bastaba con que para una sola clase se estipulara una quita superior a un tercio para abrir la pieza de calificación. Por el contrario, en la nueva regulación se señala que *no procederá* la formación de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido. Esto significa que bastará con que se incluya para alguna categoría de acreedores una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, aunque las demás sean superiores, para que no proceda la apertura de la calificación, mientras que en un supuesto semejante en la anterior redacción sí se abriría la pieza de calificación.

### ***C. Formación de la sección de calificación sin previa declaración de concurso***

En los casos de entidades sometidas a supervisión y control por autoridades administrativas (aseguradoras, de servicios de inversión o de crédito), en que éstas adopten medidas que supongan la disolución y liquidación de aquéllas, que comporten la exclusión de la posibilidad de declararlas en concurso (arts. 32.3, 34.1 y 36.3 y 4 LOSSP), se formará la sección de calificación. Para ello no se requiere su previa declaración de concurso (art. 174 LCE).

---

<sup>1067</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, *Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal*, 20 ed. (2013), p. 633.

<sup>1068</sup> SJM 5 de Madrid, n° 3, de 10/1/2012 (AC 2012\370).

La autoridad supervisora comunicará inmediatamente al juez que fuera competente para la declaración de concurso de la entidad afectada, la resolución por la que adopta las medidas de disolución y liquidación, aunque no sea firme, y el juez, de oficio o a solicitud del MF o de la autoridad administrativa, dictará auto abriendo la sección de calificación, que se tramitará conforme a lo previsto para la misma en la LCE, con las especialidades contenidas en su art. 175<sup>1069</sup>.

## **II. Apertura de la fase de liquidación**

En la legislación española, la posibilidad de que el juez condene por el déficit concursal depende de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta. La formación de la sección de calificación (sexta) se ordenará en la misma resolución judicial por la que se ordene la liquidación o se apruebe un plan de liquidación o un convenio, salvo que éste establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años (art. 167.1 LCE). La reapertura procede en caso de incumplimiento del convenio (art. 167.2).

En la legislación uruguaya, el art. 201 de la LC condiciona la condena por el déficit a la calificación culpable de un deudor persona jurídica, que sólo puede ocurrir si se dio apertura al incidente de calificación. Éste, en principio, se forma aunque se apruebe un convenio, salvo que el convenio permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años o, en caso de liquidación, que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo (art.196).

### ***A. La apertura de la fase de liquidación en caso de la homologación de un convenio en la LCE***

En la legislación española, en aquellos supuestos en los que el procedimiento finalice en convenio, los administradores no pueden ser responsabilizados en

---

<sup>1069</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «La liquidación, la calificación y la conclusión del concurso», *Derecho mercantil II*, 14 ed., coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2010), p. 1027.

tanto en él se establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años (art. 167.1 LCE), mientras se cumpla (art. 167.2).

Se ha señalado que hay aquí una opción legislativa por la economía de costes, por entender que sólo si se abre la fase de liquidación o si se aprueba un convenio gravoso para los acreedores, se produciría un daño lo suficientemente relevante como para investigar si se configuran las condiciones para una calificación culpable y las condenas de la pieza de calificación<sup>1070</sup>. Se argumenta, también, que la solución legal se justifica por el efecto novatorio del convenio en cuanto a las quitas concedidas (art. 136 LCE)<sup>1071</sup>.

Si se aprueba un convenio y, luego, el convenio es incumplido por el deudor, el juez declara de oficio la liquidación de la masa activa. Al hacerlo, debe ordenar la formación del incidente de calificación, salvo que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo<sup>1072</sup>. En el caso de calificación culpable posterior al incumplimiento del convenio, la responsabilidad por el déficit debe referirse a la diferencia entre lo que hubieran cobrado los acreedores en caso de cumplimiento del convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación<sup>1073</sup>.

Es preciso señalar que si se incumple un convenio de aquellos que por su contenido han impedido la apertura de la sección de calificación, estaríamos ante

---

<sup>1070</sup> VICENT CHULIÁ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, n° 4 (2006), p. 55.

<sup>1071</sup> MACHADO PLAZAS, «La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), pp. 276 y 277; TORRUBIA CHALMETA, «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011...», *RDM*, n° 287, p. 6.

<sup>1072</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», *RDCP*, n° 10 (2009), p. 27.

<sup>1073</sup> STS n° 298 de 21 de mayo de 2012 (*ROJ* 4441\2012).

una primera calificación del concurso, por lo que deberían enjuiciarse todas las actuaciones de los administradores, liquidadores o apoderados generales que hubieren generado o agravado la insolvencia y, además, el incumplimiento del convenio y sus consecuencias<sup>1074</sup>. Según se ha expresado en la jurisprudencia reciente del TS, la resolución del convenio no sólo determina la desaparición de los efectos que el convenio produce sobre los créditos, sino que también la desaparición de la circunstancia legal que impide la calificación del concurso<sup>1075</sup>. Por lo tanto, tal como expresó la AP de Zaragoza, la sección de calificación se formará por ver primera y en ella se depurarán toda clase de conductas que se aleguen<sup>1076</sup>.

Por otra parte, es oportuno señalar que, a pesar de que el convenio se incumpla, puede evitarse la calificación culpable del concurso y, por ende, la condena a la cobertura del déficit, si la apertura de la liquidación se produce a instancia de los administradores de la persona jurídica concursada. Según se expondrá al analizar los supuestos legales de culpabilidad, de acuerdo con lo dispuesto por el n° 3 del art. 164.2 de la LCE, sólo constituye un supuesto legal de calificación culpable, la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, si es acordada de oficio<sup>1077</sup>.

---

<sup>1074</sup> HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La responsabilidad concursal de los administradores. A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 216.

<sup>1075</sup> STS n° 29 de 12/2/2013 (*RJ* 2013\4934) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>1076</sup> SAP de Zaragoza, Sec. 5, n° 606 de 25/11/2010 (*AC* 2011\74) ponente MARTÍNEZ ARESO.

<sup>1077</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y CAMPUZANO, «A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (*SJM* 1 Las Palmas 18.7.2011)», *ADCo*, n° 26 (2012), p. 438.

### ***B. La apertura del incidente de calificación en caso de aprobación de convenio en la LC***

En la legislación uruguaya la posibilidad de condenar por el déficit concursal no sólo se suscita en caso de que se haya ingresado en la etapa de liquidación. La condena al pago del déficit puede ser, también, uno de los contenidos de la sentencia de calificación, aunque el incidente de calificación fuere formado como consecuencia de la aprobación de un convenio, a menos que se reúnan, acumulativamente, las condiciones establecidas en el art. 196 LC, a saber:

1. que el concurso de acreedores fuera voluntario;
2. que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años o, en caso de liquidación, que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo.

Por lo tanto, en el régimen establecido por la LC, que el deudor solicite su concurso antes que lo haga cualquier acreedor (art. 11), es un requisito indispensable para que éste pueda inhibir cualquier pronunciamiento calificativo del concurso y evitar sus consecuencias (art. 201). Dicho de otra forma, si el concurso es necesario, el deudor no tiene manera de evitar la formación del incidente de calificación.

Luego, aun cuando haya promovido su propio concurso, el deudor que pretenda librarse de la calificación deberá pactar con sus acreedores un convenio sin quitas y con un plazo inferior a los dos años, o encontrarse en la rara hipótesis de que, procediendo la liquidación, su activo sea suficiente para satisfacer su pasivo. Del mismo modo, dado que la LC exige que las condiciones se den acumulativamente, si el concurso fuese necesario, no existe convenio que pueda liberar al deudor del incidente de calificación, ni siquiera un convenio que supusiera la satisfacción íntegra de los créditos concursales, en un plazo menor a dos años.

### III. Propuesta de calificación culpable

#### *A. Informe de la administración concursal y dictamen del MF*

##### **1. Oportunidad para la presentación del informe de la administración concursal y del dictamen del MF**

El art. 169.1 de la LCE establece que, dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para la presentación de los acreedores o cualquier otra persona que manifieste un interés legítimo, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. En forma similar, el art. 198 de la LC establece también un plazo de quince días para que el síndico o el interventor presenten un informe documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de acreedores, con propuesta de resolución.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 169.2 de la LCE, una vez unido el informe de la administración concursal, el Secretario judicial da traslado al Ministerio Fiscal (MF) para que emita dictamen en el plazo de diez días<sup>1078</sup>. En el § 2 del art. 198 de la LC se establece que del informe del síndico o del interventor se dará traslado al Ministerio Público (MP), para que emita dictamen en el plazo de cinco días.

Tanto en el art. 169 de la LCE como en el 198 de la LC se establece que si el Ministerio no emite su dictamen dentro del plazo, se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación. En cambio, ni en la legislación española, ni en la uruguaya se establece una consecuencia específica frente al incumplimiento

---

<sup>1078</sup> El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el MF no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación (art. 169.2).

oportuno en la presentación del informe de la administración concursal<sup>1079</sup>. Frente a esa omisión se han planteado dos posiciones.

Por un lado, se ha sustentado que, asumiendo que la presentación del informe es un trámite preceptivo e imprescindible, ligado al principio de orden público que informa la sección de calificación concursal, el plazo para la presentación del informe podría ser prorrogado<sup>1080</sup>.

Por otro lado, en la jurisprudencia española se ha recordado que, de conformidad con lo establecido en los arts. 134 y 136 de la Ley 1, de 7 de enero de 200, de Enjuiciamiento Civil (LEC), los plazos procesales son improrrogables, produciéndose la preclusión una vez que hubieren transcurrido, perdiéndose la oportunidad de presentar el informe extemporáneamente<sup>1081</sup>. En el caso de la legislación uruguaya, la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos se encuentra establecida expresamente en el art. 253 de la LC.

## 2. Contenido del informe y del dictamen

Según dispone el art. 169 de la LCE, la presentación de la administración concursal debe consistir en «*un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución*». Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación – especificando, en su caso, aquellas que consideren que deben ser declaradas como administradores de hecho - y aquellas que hayan de ser consideradas cómplices,

---

<sup>1079</sup> Por supuesto, esta omisión podría activar la exigencia de responsabilidad contra los administradores concursales (arts. 36 LCE y 35 LC) y el juez podría, también, valorar su separación del cargo (arts. 37 LCE y 36 LC).

<sup>1080</sup> Así sucedió, efectivamente, por AJM n° 1 de Pontevedra, de 25/10/2010.

<sup>1081</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012/290040), ponente: PÉREZ BENÍTEZ.

así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado.

El art. 198 de la LC establece que el síndico o el interventor debe presentar un «*informe documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de acreedores, con propuesta de resolución*». Si se propusiera que el juez califique como culpable el concurso, se debe expresar la identidad de las personas a las que debe afectar la calificación, así como a las que debe calificarse de cómplices, justificando la causa.

De la exigencia de que el informe sea *razonado y documentado*, o de que se justifique la *causa* de la calificación se desprende que la administración concursal debe acreditar la configuración de los presupuestos para la calificación culpable, si considera que la actuación de las personas afectadas por la calificación y las que hayan sido considerado cómplices, ha provocado o agravado la insolvencia, con dolo o culpa grave, o concurra alguno de los supuestos previstos en los art. 164 y 165 de la LCE o 192 a 194 de la LC.

La carga de la aportación de documentos no excluye la eficacia probatoria de los que ya constan en otras secciones o piezas del concurso y que se hagan valer mediante remisión al contenido de los autos<sup>1082</sup>. No obstante, entendemos que la prueba respecto a los hechos en que se funda la calificación culpable o la complicidad puede surgir de cualquier otro de los medios de prueba admisibles en nuestro Derecho. Consideramos, entonces, que la exigencia de que el informe sea *documentado* debe interpretarse en sentido amplio, como alusiva a la necesidad de que el síndico o el interventor acrediten debidamente los hechos que invocan.

Cuando se hubiera producido la reapertura de la sección de calificación como consecuencia del incumplimiento de un convenio (art. 167.2 LCE), el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del MF se limitarán a

---

<sup>1082</sup> SENÉS MOTILLA, «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable, comentario STS 22.4.2010», *ADCo*, 2011-2, p. 319.

determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable (art. 169.3 LCE).

En general, la jurisprudencia considera que no es imprescindible la invocación expresa del fundamento de Derecho que le da cobertura a la petición (*iura novit curia*)<sup>1083</sup>.

### **3. Resolución judicial inmediata a la presentación del informe y del dictamen**

Para el caso en que el informe de la administración concursal y el dictamen que hubiera emitido el MF coincidieran en calificar el concurso como fortuito, se dispone que el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno (arts. 170.1 LCE y 199, §1, LC). Si no se cumpliera esa condición, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en el plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad (art. 170.2 LCE). La legislación uruguaya, con normativa similar, confiere un plazo de 10 días (art. 199, § 2, LC).

A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieran con posterioridad al vencimiento del plazo, se los tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieran, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos (art. 170.3).

---

<sup>1083</sup> En la STS de 22/4/2010 (RJ 2010\3.545) se manifiesta esta idea en los términos siguientes: «(...) *no resulta ineludible, otra cosa es que sea conveniente, que la calificación del Informe de la Administración Concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal contenga una mención explícita y formal del concreto precepto legal que cobija el supuesto normativo, siendo suficiente que en la fundamentación consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente...*»

La legislación uruguaya no establece nada en cuanto a este último aspecto.

#### 4. Oposición al informe o al dictamen

Si el deudor o alguno de los comparecientes formulase oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal. Entre los comparecientes entendemos que se encuentran comprendidos cualquier acreedor o persona que haya acreditado oportunamente un interés legítimo (arts. 168 LCE y 197 LC)<sup>1084</sup>.

De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente (arts. 171.1 LCE y 200, § 1, LC). Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días (arts. 171.2 LCE y 200, § 2, LC).

A los administradores sociales, en tanto «*personas afectadas*» por la calificación del concurso (art. 170.2), les asiste «*un interés propio en el incidente, que es exclusivo en cuanto a las medidas o pronunciamientos que les pueda afectar desfavorablemente* (arts. 448 LEC y 172 LCE)»<sup>1085</sup>.

Esta confirmación de los administradores sociales como sujetos afectados por la pretensión de calificación de concurso culpable, conlleva el reconocimiento de los derechos y la asunción de las cargas y responsabilidades procesales inherentes a la condición de parte: carga de comparecencia en tiempo y forma adecuados (arts. 170.2 y 184.4 LCE), bajo amenaza de preclusión en la oposición y de ser declarados rebeldes (arts. 170.3 LCE y 404.1 y 496.1 LEC)<sup>1086</sup>.

#### 5. Naturaleza jurídica del informe y el dictamen

De acuerdo con los diccionarios, *dictamen* es una opinión que se emite sobre algo<sup>1087</sup> o un consejo o esclarecimiento que un jurisconsulto o funcionario técnico

---

<sup>1084</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 198.

<sup>1085</sup> STS de 22/4/2010 (RJ 2010\3545).

<sup>1086</sup> SENÉS MOTILLA, op. cit., p. 315.

<sup>1087</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed., primera acepción.

emite acerca de una cuestión de hecho o de Derecho sometida a su parecer<sup>1088</sup>. A su vez, un *informe* sería una especie de dictamen destinado a esclarecer los hechos que interesan a una causa<sup>1089</sup> o meramente una descripción de las características y circunstancias de un suceso o asunto<sup>1090</sup>.

No obstante, en general, la doctrina<sup>1091</sup> y la jurisprudencia<sup>1092</sup> han considerado que la pretensión de calificación constituye una demanda.

## ***B. Carácter necesario de la propuesta de calificación o imposición ex officio de la responsabilidad por el déficit***

### **1. Posición que considera indispensable que la propuesta de calificación contenga una solicitud de condena a la cobertura del déficit**

En general, la doctrina<sup>1093</sup> y jurisprudencia española<sup>1094</sup> y uruguay<sup>1095</sup> consideran que la existencia de una propuesta de calificación culpable y de

---

<sup>1088</sup> COUTURE, *Vocabulario jurídico* (1960), p. 241.

<sup>1089</sup> COUTURE, *id.*, p. 346.

<sup>1090</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed., primera acepción de la palabra. En su acepción jurídica, el diccionario define a la palabra *informe* como «*exposición total que hace el letrado o el fiscal ante el tribunal que ha de fallar el proceso*».

<sup>1091</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 199.

<sup>1092</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3<sup>a</sup>, n° 45 de 18/2/2013 (*JUR* 2013\126445) ponente MUÑIZ DELGADO; SJM n° 1 de Palma de Mallorca, de 15/5/ 2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, p. 604)

<sup>1093</sup> LÓPEZ DE MEDRANO, «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *ADCo*, n° 12, p. 92; MORALES BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 298 y 475.

<sup>1094</sup> STS n° 227 de 22/4/2010 (*RJ* 2010\3545). SAP de Madrid, Sec. 28, n° 81 de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004); SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/12/2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, pp. 552 y ss.); SSAP de Murcia Sec. 4<sup>a</sup>, n° 325 de 16/5/2013 (*AC* 2013\147), de 30/7/2009 (*AC* 2009\1956) y de Córdoba de 11/7/2008 (*ADCo* 17, 2009-2, pp. 545 y ss.). SJM n° 1 de Alicante, n° 96 de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109; *AC* 2011\1011) y 13/1/2011 (*AC* 2011\37) y SJM 1 de La Coruña, de 20/6/2006 (*AC* 2007\203).

condena a la cobertura del déficit, por parte de la administración concursal o del Ministerio es un presupuesto necesario para que el juez pueda dictar una sentencia de condena. El principio de congruencia no estaría ausente del proceso de calificación, de suerte que el pronunciamiento judicial – según la interpretación predominante - debe ajustarse al ámbito delimitado por las pretensiones de las partes<sup>1096</sup>.

En general, se considera que es necesario exigir a la administración concursal y al Ministerio que instan la calificación como culpable, que concreten no solamente cuáles serían las personas afectadas por la misma, sino las consecuencias derivadas de tal calificación y, de manera específica, qué efectos pueden deparar la calificación. Se afirma que el principio dispositivo, fundamento general del proceso civil, no se excepciona en sede de calificación concursal: la Ley requiere, pese a la apertura de oficio de la sección, el ejercicio de una pretensión por parte de un tercero ajeno al órgano jurisdiccional<sup>1097</sup>.

En particular, se considera que la responsabilidad concursal no puede ser declarada de oficio por el juez sino que debe ser postulada por las partes legitimadas para formular la pretensión de calificación del concurso<sup>1098</sup>. Los términos del art. 172 bis («*la sentencia podrá*») – de acuerdo con esta posición - no hacen referencia a la aplicabilidad de oficio de la condena sino al carácter discrecional de su imposición por el juez, previa petición de parte. Para que un juez pueda imponer de oficio una condena, es necesaria la existencia de una norma expresa que le autorice. De modo que el juez sólo podría condenar a los

---

<sup>1095</sup> En el mismo sentido se ha manifestado quien precede una de las Sedes concursales de Montevideo (RODRÍGUEZ MASCARDI, «Análisis del año concursal 2012 y perspectivas para el 2013», *Jornadas organizadas por el Colegio de Síndicos e Interventores Concursales*, 4 de diciembre de 2012).

<sup>1096</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012/290040) ponente PÉREZ BENÍTEZ.

<sup>1097</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040).

<sup>1098</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3, n° 150 de 11/7/2008 (*JUR* 2009\95720) ponente VELA TORRES.

administradores por el déficit concursal si esto le ha sido solicitado por la administración concursal o el Ministerio.

En este sentido, la jurisprudencia española ha considerado preciso recordar que las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El juzgador no podría, entonces, apreciar *ex officio* supuestos de culpabilidad o fijar consecuencias jurídicas no invocadas ni solicitadas en el momento procesal oportuno y cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido. Ello es exigencia del principio de defensa y de un proceso con todas las garantías (art 24 Constitución española) entre los que se encuentra el de alegación y prueba, precisando la sentencia de calificación una previa petición fundada<sup>1099</sup>.

Como se apreciará, la fundamentación de la jurisprudencia española parte de considerar que la pretensión de calificación constituye una demanda<sup>1100</sup>. Por lo tanto, los solicitantes de la calificación del concurso como culpable tienen que formular expresamente sus pretensiones, sin que baste aducir que se encuentran implícitas en su argumentación<sup>1101</sup>. Se considera que la discrecionalidad del juez en este aspecto, se compadece mal con el principio dispositivo<sup>1102</sup>. Se advierte que

---

<sup>1099</sup> El TS ha señalado que «*la adopción de oficio de las medidas requiere inexcusablemente la previa audiencia de las personas afectadas por respeto al principio constitucional de contradicción procesal*» (STS de 22/4/2010, RJ 2010\3545). Vide, también, SJM 1 de Alicante, de 11/3/2011 (JUR 2011\ 103109).

<sup>1100</sup> SSAAPP de Murcia, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 325 de 16/5/2013 (AC 2013\147) ponente CARRILLO VINADER y de Valladolid, Sec. 3<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 45 de 18/2/2013 (JUR 2013\126445) ponente MUÑIZ DELGADO. SJM 1 de Palma de Mallorca, de 15/5/2008 (ADCo, 17, 2009-2, p. 604)

<sup>1101</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3, n<sup>o</sup> 150 de 11/7/2008 (ROJ 1475\2008) ponente VELA TORRES.

<sup>1102</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional es constante al considerar que la congruencia de las sentencias «*se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida*» (SSTC 220/1997, 122/1994, 161/1993, 144/1991 y 20/1982).

el juez está vinculado por lo que se ha solicitado y por las razones invocadas para ello, sin que pueda alterarse la *causa petendi*, a los efectos de no incurrir en infracción al principio de congruencia<sup>1103</sup>. La pérdida de los derechos que tuviere el administrador afectado por la calificación, así como la devolución de lo recibido de la masa activa, son sanciones que deben imponerse en todo caso, aunque no se soliciten, pero el resto de las condenas previstas en la LCE (como la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o la indemnización de los daños y perjuicios causados, art. 172.2.3°), requieren una solicitud expresa de los legitimados para ello (administrador concursal y MF)<sup>1104</sup>.

En la jurisprudencia española se aduce, también, que la imposición de responsabilidad concursal de oficio, afectaría el derecho de defensa, puesto que privaría al afectado de la posibilidad de controvertir la responsabilidad que se le imputa, exponiendo las razones fácticas y fundamentos jurídicos que pudieran amparar su absolución. Con ello se resentiría la tutela jurídica efectiva de las personas afectadas por la calificación culpable y sus cómplices, que podrían invocar indefensión<sup>1105</sup>.

## **2. Posición que considera posible la condena ex officio a la cobertura del déficit**

Existen dos argumentos que podrían llevar a considerar que la responsabilidad por el déficit puede ser impuesta *ex officio*, esto es, independientemente de una propuesta expresa de condena por parte de la administración concursal o el MF (MP en el caso de la legislación uruguaya).

---

<sup>1103</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3ª, n° 45 de 18/2/2013 (*JUR* 2013\126445), ponente: MUÑIZ DELGADO.

<sup>1104</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/12/2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, pp. 552 y 553).

<sup>1105</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/12/2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, p. 555); SAP de Córdoba, Sec. 3ª, de 11/7/2008 (*ADCo* 17, 2009-2, p. 546).

Primer argumento: ni el art. 169 de la LCE, ni el art. 198 exigen, expresamente, que la propuesta de calificación revista forma de demanda. Al referirse a la presentación de la administración concursal, tales normas utilizan la palabra *informe* y, al referirse a la presentación del Ministerio, se valen de la palabra *dictamen*. Si se interpretan las expresiones utilizadas por el legislador en su sentido natural y obvio (art. 18 CC<sup>1106</sup>), el juez no estaría limitado por lo expresado en dichos documentos, más allá de lo que la Ley establece expresamente en cuanto a la calificación fortuita.

Segundo argumento: el art. 172 bis de la LCE establece que «*el juez podrá condenar (...)*», del mismo modo que el art. 201 de la LC, dispone que la sentencia de calificación «*podrá contener además*» una condena a la cobertura del déficit patrimonial. De modo que, podría interpretarse que, habida cuenta del informe de la administración concursal o del dictamen del Ministerio - a menos que ambos coincidan en calificar al concurso como fortuito – el juez tendrá la facultad de condenar a la cobertura del déficit, sea cual fuere la opinión de la administración concursal o el Ministerio.

### ***C. Posibilidad de que la calificación y condena sea propuesta por acreedores u otros interesados***

La legislación española y uruguaya coinciden, según se expondrá a continuación, en atribuir legitimación a la administración concursal (síndico o interventor en la LC) y al MF (MP en la LC) para proponer la calificación culpable y las condenas que correspondan. Sin embargo, difieren en un punto crucial: la LCE le reconoce a los acreedores la calidad de parte y la LC no.

---

<sup>1106</sup> Art. 18 CC: «*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*»

## 1. Legislación española

El art. 168 – red. dada por la Ley 38 de 3 de noviembre de 2011 - expresa que cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y «*ser parte*» en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable<sup>1107</sup>.

La expresión *acreedores* comprende tanto a los concursales con crédito reconocido<sup>1108</sup> como a aquellos que tuvieren un crédito contingente (art. 87.3 LCE), siendo indiferente que se trate de acreedores ordinarios, privilegiados o subordinados, o que hubieren comunicado tardíamente su crédito<sup>1109</sup>. Algunos entienden que el reconocimiento debe ser entendido en sentido amplio, de modo de incluir, también, a los acreedores con créditos contra la masa<sup>1110</sup>. En todo caso, la legitimidad de su interés deriva de su mera condición de acreedor<sup>1111</sup>.

Están incluidas, también, otras personas, previa acreditación de un interés legítimo como, por ejemplo, podría ser el caso del cónyuge del concursado<sup>1112</sup>,

---

<sup>1107</sup> La redacción original del art. 168 no contenía la expresión «*ser parte*», que fue incluida a partir del RDL n° 3 de 27 de marzo de 2009.

<sup>1108</sup> REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal, Derecho procesal concursal*, v. 7, dir. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA, JIMÉNEZ DE PARGA, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2004), p. 319.

<sup>1109</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación...*, p. 75.

<sup>1110</sup> CABANAS TREJO, *Aspectos procesales de calificación del concurso: un estudio desde la jurisprudencia y una reciente reforma legal* (2009), p. 159. Contra: QUECEDO - «Comentario al art. 168)», *Derecho concursal práctico, comentarios a la nueva Ley Concursal* (2004), p. 765 – quien sólo admite a los que figuren en la lista y a los que participaron en la junta.

<sup>1111</sup> ASECIO MELLADO, «Artículo 168. Personación de interesados», *Ley Concursal...*, t. 2, coord. GALLEGOS SÁNCHEZ (2002), p. 606; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario...*, t. 2, p. 2552.

<sup>1112</sup> El cónyuge puede estar interesado en personarse en la sección de calificación, si tenemos en cuenta que en aquellos supuestos en que el régimen económico del matrimonio fuese el de

socios, administradores<sup>1113</sup> o trabajadores que prestan servicios al concursado<sup>1114</sup>. En estos casos, sin embargo, sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado<sup>1115</sup>.

La *personación* equivale a una auténtica comparecencia en forma, por lo que se debe dar cumplimiento a las exigencias del art. 184.3 de la LCE (representación por procurador y asistencia letrada)<sup>1116</sup> asumiendo – por expresa disposición legal - la consideración procesal de *partes* a todos los efectos (art. 10 LEC)<sup>1117</sup> y contrayendo plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso. En el apartado 3 del art. 170 – modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre - se prevé que se le dará vista del contenido de la sección a quienes hubieren comparecido, a los efectos de que aleguen cuanto convenga a su derecho, lo cual, evidentemente, incluye a los acreedores o a cualquier otra persona que haya acreditado un interés legítimo y se haya personado en autos.

No obstante, a pesar de la modificación del art. 168, corresponde señalar que se mantuvo con igual tenor la redacción original del art 170.1 LCE en cuanto a

---

sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. Vide: MAMBRILLA RIVERA, «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...* (2005), p. 4973.

<sup>1113</sup> ASECIO MELLADO, op. cit., p. 606; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, op. cit., p. 2552; MAMBRILLA RIVERA, op. cit., p. 4973.

<sup>1114</sup> STC de 13/2/2012 (RTC 2012/18), ponente DELGADO BARRIO. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional entendió que la decisión del juez del concurso de apartar a los trabajadores de la sección de calificación restringía de manera constitucionalmente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 Constitución española).

<sup>1115</sup> MAMBRILLA RIVERA, op. cit., p. 4974.

<sup>1116</sup> ASECIO MELLADO, op. cit., p. 606; MAMBRILLA RIVERA, id., p. 4977.

<sup>1117</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, op. cit., p. 2552.

que «*si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno*». Esta norma ha motivado la existencia de dos posiciones en cuanto a si la calidad de parte confiere o no legitimación a los acreedores e interesados que se personaren para formular pretensiones en la sección de calificación.

En una de las posiciones se ha sustentado que, al no distinguir la Ley, debe entenderse que la atribución de la calidad de parte coloca a los acreedores e interesados en pie de igualdad con las demás legitimados y por ende, también, legitimados para formular pretensiones<sup>1118</sup>. Entonces, puesto que el apartado 3 referido les habilita expresamente a alegar cuanto convenga a su derecho y el art. 168.1 les reconoce la condición de parte, podría entenderse que se encuentran legitimados para solicitar al juez una sentencia de calificación culpable, proponer cuáles personas debieran quedar afectadas por la calificación o serles atribuida complicidad e, incluso, petitionar un determinado contenido condenatorio, que podrá incluir, naturalmente, la condena a la cobertura del déficit concursal<sup>1119</sup>. Por ello, según esta opinión, el juez no debiera archivar sin más trámite el incidente, si algún acreedor o interesado hubiere propuesto la calificación culpable<sup>1120</sup>.

---

<sup>1118</sup> SJM 1 de Alicante, de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109).

<sup>1119</sup> Contra: SAP de Madrid, Sec. 28, n° 81 de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004) – ponente: GARCÍA GARCÍA. En la SAP se sostiene que los acreedores o interesados que se personen en el incidente, no están legitimados para plantear pretensión alguna en materia de calificación. Su legitimación se limitaría a sustentar la calificación formalmente propuesta por la administración concursal o el dictamen del MF y alegar aquello que considere relevante para la calificación.

<sup>1120</sup> En la SJM 1 de Alicante, de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109) se consideró que el art. 170.1 sólo se refiere al caso en que no existen acreedores personados. En ese caso, y en sintonía con el principio de rogación, si el informe de la administración concursal y el dictamen del MF coincidieran en calificar el concurso como fortuito, correspondería archivar las actuaciones. En cambio, en otro caso (art 170.2) ya porque alguno califique como culpable ya porque haya

Desde otra posición se observa que, por disposición expresa de la LCE, el archivo de las actuaciones por la coincidencia de la administración concursal y el MF en cuanto al carácter fortuito del concurso procede preceptivamente, aunque haya una pretensión de calificación culpable del concurso por parte de alguno de los acreedores o interesados<sup>1121</sup> y contra el auto que ordena el archivo no cabe recurso alguno (art. 170.1 LCE). Estas limitaciones se entienden justificadas por las peculiaridades inherentes al proceso concursal, caracterizado por la afectación a una pluralidad de sujetos (que pueden llegar a ser numerosa y diversa) y en el que prevalece la defensa del interés conjunto sobre el particular de cada interesado<sup>1122</sup>. Ello explica – según esta posición - que la iniciativa para plantear pretensiones calificadoras e instar las consecuencias a ello anudadas deba someterse al criterio objetivo de la administración concursal y del MF, quedando excluida la posibilidad de emprender estrategias individuales al respecto. La reforma por Ley 38/2011 remacha este principio al restringir a la administración concursal, en el art. 172 bis, la legitimación para instar la ejecución de la condena por responsabilidad concursal<sup>1123</sup>.

---

acreedores acusadores personados, se debe dar curso de la calificación a los demandados y afectados.

<sup>1121</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3ª, nº 45 de 18/2/2013 (*JUR* 2013\126445) ponente MUÑIZ DELGADO.

<sup>1122</sup> CABANAS TREJO, *Aspectos procesales de calificación del concurso...* (2009), p. 171; FERRER BARRIENDOS, «Comentario al art. 168 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (2003), p. 1732.

No obstante, el mismo CABANAS TREJO reconoce que, en ocasiones, los tribunales han tenido que asirse a las alegaciones de los acreedores u otros interesados, por el poco interés mostrado por la administración concursal y el MF en la articulación y defensa de las pretensiones (CABANAS TREJO, *op. cit.*, p. 190).

<sup>1123</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004) ponente GARCÍA GARCÍA.

Moderando esta posición, la jurisprudencia ha considerado que el auto que en dicho caso ordena el archivo es recurrible por los acreedores o interesados que se hubieren personado en la sección. De modo que, si el juez del concurso desestima la propuesta de declaración culpable de la administración concursal o el dictamen en ese mismo sentido del MF, donde se hubieren invocando alguna de las presunciones relativas o presupuestos legales correspondientes, aquéllos podrán apelar la sentencia que ordena el archivo de los autos de calificación con base en dichas presunciones o supuestos, aun frente a la omisión de la administración concursal y el MF<sup>1124</sup>.

## 2. Legislación uruguaya

La LC, en su art. 197, establece que los acreedores o personas que acrediten un interés legítimo podrán «*comparecer ante el Juez del Concurso, denunciando los hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable*»<sup>1125</sup>.

En una interpretación estricta del texto legal, el *comparecer denunciando hechos* no convierte en parte a los acreedores. La falta de esa calidad pareciera confirmada en tanto del informe del síndico o el interventor, y del dictamen del Ministerio Público (MP) no se le da traslado a acreedores e interesados. El art. 199 de la LC es terminante en cuanto a que el emplazamiento está dirigido al

---

<sup>1124</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004) y SAP, Sec. 1ª de Pontevedra, de 4/10/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 395) En ambas sentencias, a pesar de ser contestes en que la calificación fortuita la administración concursal y el MF conlleva el archivo sin más trámite de las actuaciones, se admite que la calidad de parte les da a acreedores e interesados que se hubieren personado la posibilidad de apelar.

<sup>1125</sup> Art. 197 LC: «(*Comparecencia de los interesados*). Dentro de los quin-ce días siguientes a contar desde la publicación en el Diario Oficial de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación, cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo podrá comparecer ante el Juez del Concurso, denunciando los hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable.»

deudor y a las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices<sup>1126</sup>.

Luego - al igual que sucede en la legislación española - la relevancia de la intervención de los acreedores queda definitivamente minimizada, por cuanto en el § 1 del art. 199 se establece que si el síndico o el interventor y el dictamen del MP coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez ordenará el archivo de las actuaciones sin más trámites. En este caso, resulta evidente que los acreedores e interesados no tienen siquiera una oportunidad procesal de manifestar su oposición. De modo que las posibilidades de que acreedores e interesados puedan plantear oposición a la calificación, aun en una posición favorable a su legitimación, se limitan a los casos en que no hubiera coincidencia entre el síndico e el interventor y el MP en calificar al concurso como fortuito o en que ambos lo calificaran culpable.

Es dudoso, por otra parte, que se admita que un acreedor o interesado pueda recurrir la sentencia de calificación. La comparecencia de éstos se realiza en calidad de denunciante, no de parte. Sin embargo, en nuestra opinión, la interpretación que niega la legitimación autónoma de los acreedores debe descartarse por no ser ajustada al principio hermenéutico *pro actione*.

---

<sup>1126</sup> Art. 199 LC: «(Tramitación del incidente de calificación). Si el informe del síndico o del interventor y el dictamen del Ministerio Público coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones.

*En otro caso, emplazará al deudor y a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o ser declaradas cómplices, a fin de que, en el plazo de diez días, aleguen cuanto convenga a su derecho.»*

## *Nuestra opinión*

### **1. La propuesta de la administración concursal o del MF no es imprescindible**

En nuestra opinión, no es imprescindible que la sindicatura o el MF hayan solicitado expresamente una condena a la cobertura del déficit. Entendemos que esa exigencia surge de una asimilación entre la actuación de la administración concursal o el MF y una demanda, lo cual excede los términos literales tanto de la LCE como de la LC. Las legislaciones referidas no le cometen al administrador concursal la presentación de una demanda incidental, sino de un informe y al MF se le requiere sólo un dictamen. Pretender que la presentación de la administración concursal o el dictamen del MF constituyen una demanda de condena, desvirtúa la función informativa que expresamente se les atribuye.

Por otra parte, ni el art. 169 de la LCE, ni el art. 198 de la LC, al establecer el contenido de la propuesta de calificación culpable, imponen que allí se solicite la condena a la cobertura del déficit. Respecto del dictamen del MF, ni la LCE, ni la LC formulan ninguna exigencia en especial.

La función del administrador concursal se limita, meramente, a emitir un informe expresando la identidad de las personas que deben, a su criterio, resultar afectadas por la calificación y de sus cómplices, justificando la causa (art. 198 LC). El art. 169 de la LCE agrega que la administración concursal deberá determinar en su informe, los daños y perjuicios que se hayan causado.

Por lo tanto, la condena la impone el juez o no, según su leal saber y entender, considerando ese informe y ese dictamen, así como los demás hechos relevantes que acreedores u otros interesados hayan aportado a la sección de calificación<sup>1127</sup>. En nuestra opinión, no puede eludirse la aplicación *ex officio* del

---

<sup>1127</sup> VICENT CHULIÁ señala que, estrictamente, ni los acreedores, ni la administración concursal pueden ejercitar una acción específica solicitando una condena de responsabilidad por el déficit (VICENT CHULIÁ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, n° 4 [2006], p. 15).

conjunto de efectos previstos en los arts. 172 de la LCE y 201 de la LC, so pretexto de la omisión de la administración concursal.

Por otra parte, el contenido de la sentencia de calificación surge en forma preceptiva de lo dispuesto en los artículos referidos. La extensión de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, el monto de los daños y perjuicios causados, así como la extensión de la condena a la cobertura del déficit, queda al arbitrio del juez concursal.

En este sentido, en la jurisprudencia uruguaya, el TAC de 2º turno ha considerado que basta que se haya establecido en el objeto del proceso «*la procedencia o improcedencia del alcance subjetivo de la calificación culpable del concurso*», para que el juez pueda condenar a la cobertura del déficit concursal. Una vez establecido esto, la condena a reintegrar el importe del déficit patrimonial, según el TAC, no es otra cosa que un efecto más de la declaración culpable del concurso<sup>1128</sup>.

La argumentación de que se afectaría el derecho de defensa no nos parece de recibo. Una vez que la administración concursal o el MF proponen la calificación culpable, tanto en el LCE como en la LC se prevé que el juez dará audiencia al deudor y emplazará a todas las personas que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices (arts. 170 LCE y 199 LC), de modo que no carecen de oportunidad para formular sus defensas.

## **2. La propuesta de condena puede provenir de acreedores o interesados que se hayan personado en la sección de calificación concursal**

Consideramos que la comparecencia de los acreedores no puede reducirse a la mera denuncia de hechos relevantes para la calificación culpable, sino que debe reconocerse que en mérito a esos hechos, disponen de la facultad de proponer dicha calificación, así como de las condenas que correspondan a Derecho y, especialmente, la condena a la cobertura del déficit concursal. Si, como reconoce

---

<sup>1128</sup> STAC de 2º t., nº 182, de 8/8/2012 (SJM), ponente: FRANÇA NEBOT.

la doctrina<sup>1129</sup>, la finalidad esencial del concurso es, en la medida de lo posible, la de satisfacer el derecho de crédito de los acreedores, al juez le ha de bastar con la propuesta de calificación culpable y condena realizada por cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo. Una interpretación contraria sería limitativa del derecho de los acreedores a una efectiva tutela jurisdiccional, fundada en disposiciones expresas que han sido establecidas por razones de interés general (art. 7 Constitución)<sup>1130</sup>. Entendemos que corresponde una interpretación amplia que reconozca legitimación autónoma a los acreedores u otros interesados comparecientes, a pesar de no existir una norma que expresamente así lo disponga, en virtud del principio hermenéutico *pro actione*.

Entendemos que los acreedores deben considerarse comprendidos en la expresión «*alguno de los comparecientes*», empleada por el art. 200 de la LC al referirse a los sujetos que pueden formular oposiciones a la calificación<sup>1131</sup>. Si tenemos presente que el art. 197 facultó a acreedores e interesados a comparecer, en función de lo dispuesto por el art. 200 y aun cuando no hubiesen sido emplazados – teniendo en cuenta el principio *pro actione* ya invocado – también pueden oponerse a la calificación.

---

<sup>1129</sup> MAMBRILLA RIVERA, op. cit., p. 4972.

<sup>1130</sup> Art. 7 Constitución: «*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.*»

<sup>1131</sup> Art. 200 LC: «*(Oposición a la calificación). Si el deudor o alguno de los comparecientes formulase oposición, el Juez la sustanciará por el procedimiento de los incidentes. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán conjuntamente en el mismo procedimiento.*

*En caso de que ni el deudor ni los demás comparecientes formularan oposición, el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.*»

## *Capítulo segundo: Presupuestos sustanciales de la responsabilidad por el déficit concursal*

### **I. Existencia de déficit**

El art. 172 bis, en su § 1, establece que la condena que eventualmente se pronuncie, estará destinada a la cobertura del *déficit*. Por lo tanto, es evidente que la existencia de un déficit es un requisito sustancial elemental para que pueda existir responsabilidad concursal.

Sin déficit concursal no existe responsabilidad del administrador, por muy reprochable que haya sido su conducta<sup>1132</sup>. La necesidad de verificación de este requisito ha sido repetidamente advertida por la jurisprudencia<sup>1133</sup>.

#### **A. Concepto de déficit**

La palabra *déficit* no proviene del lenguaje jurídico. Proviene del ámbito comercial y del lenguaje propio de las ciencias contables. A continuación, nos referiremos brevemente al sentido en que se le emplea en dichos ámbitos, a los efectos de determinar si la legislación concursal lo toma con ese significado o si provee para él un significado jurídico particular.

#### **1. Significado general y comercial**

De acuerdo con el diccionario, la palabra *déficit* tiene su origen en la expresión latina *deficere* (faltar). Parece haber sido usada por los franceses a finales del siglo XVII para referirse a lo que faltaba después de realizar un

---

<sup>1132</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 301.

<sup>1133</sup> STS n° 744 de 20/12/2012 (*RJ* 2013\1623). SAP de Madrid n° 31 de 5/2/2008 (*AC* 2008\834; *ADCo* n° 17, 2009, pp. 533 y ss.). SJM 1 de Alicante de 13/1/2011 (*AC* 2011\37); SJM 1 de Gerona de 22/10/2008 (*ADCo* 17, 2009-2, p. 607).

inventario. De ahí que, en su sentido general, se le defina como la «*falta o escasez de algo que se juzga necesario*»<sup>1134</sup>.

En el comercio, equivale al «*descubierto que resulta comparando el haber o caudal existente con el fondo o capital puesto en la empresa*»<sup>1135</sup>.

## 2. Significado para las ciencias económicas

Para las ciencias económicas, el déficit es aquella situación en que los gastos son superiores a los ingresos<sup>1136</sup>. También, se le define como una cantidad o saldo negativo que resulta cuando los egresos son mayores que los ingresos y el balance, en consecuencia, es negativo. En contabilidad representa el exceso de pasivo sobre activo<sup>1137</sup>.

Se dice que existe *déficit fiscal*, *déficit presupuestario* o *déficit público* cuando los gastos realizados por el Estado superan a los ingresos no financieros, en un determinado período (normalmente un año).

### B. El déficit en la legislación concursal

En el art. 213.2 de la PALC, al regular la responsabilidad concursal, se utilizaba la expresión «*déficit patrimonial*». De la PALC la toma el § 2 del art. 201 de la LC – que, salvo incluir a los integrantes del órgano de control interno, copia la disposición de la PALC – por lo que en ésta, también, aparece la expresión «*déficit patrimonial*».

En la redacción original de la LCE (art. 172.3) no se utilizaba la palabra *déficit*. En su lugar, la norma se refería a una condena «*a pagar a los acreedores*».

---

<sup>1134</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed.

<sup>1135</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, id. *ibid.*

<sup>1136</sup> AHIJADO y AGUER, *Diccionario de economía y empresa* (1996), p. 173.

<sup>1137</sup> FERNÁNDEZ, *Diccionario de términos económicos, agroeconómicos y contables* (2004).

*concursoales (...) el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»<sup>1138</sup>.*

El art. 172 bis, incorporado por la Ley 28/2011 vuelve a la formulación original, estableciendo que «el juez *«podrá condenar (...) a la cobertura (...) del déficit»*.

### **1. Relevancia del cambio de la expresión legal que refiere al objeto de la condena**

El vaivén respecto a la referencia al déficit obliga a considerar si implica una diferencia conceptual o, simplemente, se sustituyó una expresión por otra, a la que se le atribuye el mismo significado.

En la anterior redacción de la norma de la LCE que establecía la responsabilidad por el déficit, la condena se encontraba expresamente circunscripta al importe que los acreedores concursales no percibieran en la liquidación de la masa activa. Por lo tanto, desde un punto de vista restrictivo – que entendemos correcto tanto si se atribuye a esta norma una función sancionadora como resarcitoria - no estarían incluidos en el concepto de déficit los créditos contra la masa pues, por definición, no son concursales. Consecuentemente, sólo los créditos anteriores a la declaración del concurso podrán dar lugar a este tipo de condena<sup>1139</sup>.

---

<sup>1138</sup> La responsabilidad por el déficit, recuerda la expresión utilizada por el CCom francés en su capítulo primero: *responsabilité pour insuffisance d'actif* (Ley 2005-845 de 26 de julio de 2005).

Esta expresión, luego, aparece en el art. 651-2: «*Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif (...)*» (Ord. n° 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008, art. 131).

<sup>1139</sup> La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido, a menos que se trate de un pasivo que tuvo un origen anterior a la declaración del concurso (S.Cass.Com. de 28/2/1995, *RJDA*, n° 651, 1995). Así, por ejemplo, se ha dictaminado en los términos siguientes: «*L'insuffisance d'actif que peut être mise à la charge du dirigeant est celle que est constatée*

Existía doctrina que, desde un punto de vista amplio, consideraba que la referencia a «*acreedores concursales*» con créditos insatisfechos debe ser interpretada como comprensiva de los «*créditos contra la masa*». En esta posición, también éstos, si no han quedado íntegramente satisfechos, deberían poder ser objeto de la responsabilidad concursal<sup>1140</sup>.

## 2. El déficit concursal como descubierto o insuficiencia del activo

En la redacción actual de la LCE, parece claro que la expresión *déficit* está referida a las cantidades necesarias para cubrir el pago de la totalidad del pasivo concursal en estado de liquidación. El TS, en reiteradas sentencias recientes, lo ha asimilado al importe de los créditos que no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa<sup>1141</sup> y la AP de Barcelona lo ha considerado como sinónimo del *descubierto* generado en la sociedad<sup>1142</sup>.

## 3. Determinación de la cuantía del déficit

De acuerdo con el concepto que acabamos de referir, es evidente que se debiera esperar hasta la culminación del proceso de liquidación, para determinar el monto de la condena, pues sólo entonces se ha de conocer la parte de los créditos que ha quedado en descubierto<sup>1143</sup>.

---

*au cours ou à l'issue de la procédure collective, sous réserve de l'exclusion de tout passif social postérieur au jugement d'ouverture, à moins qu'il s'agisse d'un passif trouvant son origine antérieurement à l'ouverture de la procédure et sa cause dans la faute de gestion relevée.»* (Paris, 5/7/1996: D. 1996; Informations rapides du Recueil Dalloz [IR] 228).

<sup>1140</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», *RDCP*, n° 10, p. 28.

<sup>1141</sup> SSTS n° 298, 21/5/2012 (*ROJ* 4441\2012); n° 614, 17/11/2011 (*RJ* 2012\3368), n° 644, 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084), n° 615 12/9/2011 (*RJ* 2011\6416) y n° 56, 23/2/2011 (*RJ* 2475).

<sup>1142</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, 23/4/2012 (*ROJ* 2012\176693), ponente GARNICA MARTÍN.

<sup>1143</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...», *Derecho concursal* (2003), pp. 543 y 544.

Este problema ha sido constatado por los tribunales españoles que, ante una petición de condena a la cobertura del déficit con-cursal, eventualmente, se encuentran con que no existe constancia alguna, ni aproximada, de cuál sería el déficit tras finalizar el proceso liquidatorio. Es más, puede que no exista constancia o previsión ajustada de la propia existencia de déficit, cuando existen perspectivas de recuperar parte del activo a través de acciones de carácter resarcitorio fundadas sea en el art. 172.2-3º de la LCE o en la legislación societaria. Esta indefinición respecto a la existencia o cuantía del déficit, ha llevado a desestimar la petición de condena<sup>1144</sup>.

En la jurisprudencia francesa, sin embargo, se considera que no es necesario que el pasivo esté enteramente determinado ni que el activo haya sido liquidado para que se pueda aplicar la acción prevista en el art. 651-2 del CCom<sup>1145</sup>. En el Derecho francés esta acción puede proponerse, entonces, aun antes de que hubiere culminado la verificación de los créditos<sup>1146</sup>. Inclusive, se admite el pronunciamiento de una condena provisoria, antes de que quede firme el listado de acreedores presentado por el administrador concursal<sup>1147</sup>.

En la jurisprudencia española, algunas sentencias obvian la dificultad señalada en los párrafos precedentes, estableciendo una condena genérica a satisfacer a los acreedores el importe total que no perciban como resultado de la liquidación de la masa acti-va<sup>1148</sup>.

---

<sup>1144</sup> SJM 3 de Pontevedra, de 25/5/2012 (AC 2012\381).

<sup>1145</sup> SCass.Com. de 17/7/1956, *Revue trimestrielle de droit commercial* (Dalloz), 1956, 693.

<sup>1146</sup> SCass.Com. de 3/10/2006, *APC*, 2006, n° 239.

<sup>1147</sup> SCass.Com. de 8/7/1986, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* (*Bull. civ.*) IV, n° 148.

<sup>1148</sup> El JM de Alicante condenó «(...) a abonar a los acreedores concursales la totalidad de las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa (...)» (SJM n° 1 de Alicante, n° 112 de 9/9/2008 [*JUR* 2012\344029] ponente FUENTES DEVESA).

En otras sentencias, reconociendo la distinta gravedad de las conductas que determinaron la calificación culpable, distinguen tres grupos con diversos porcentajes de condena cada uno:

- a. entre un setenta y cinco, y un cien por ciento del déficit en el caso de conductas de gravedad extrema (como la llevanza de doble contabilidad, la inexactitud grave o la falsedad en la documentación aportada al concurso, el alzamiento de bienes, los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes o los actos de simulación);
- b. entre un treinta y un setenta y cinco por ciento en el caso de otras conductas, también, graves (como el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, la irregularidad relevante contable, la apertura de la liquidación por causa imputable al concursado y los supuestos relativos a las cuentas anuales del 165.3º) y, en fin,
- c. una condena que no debería superar el treinta por ciento del déficit en casos de incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el incumplimiento del deber de colaboración y la falta de asistencia a la junta de acreedores<sup>1149</sup>.

## II. Calificación del concurso como culpable

El § 2 del art. 201 de la LC establece, expresamente, que uno de los presupuestos de la condena por el déficit concursal está constituido por la calificación culpable del concurso. El art. 172 bis de la LCE no menciona este presupuesto como, en cambio, sí se lo mencionaba en el art. 172.3 de la versión original. No obstante, puesto que el art. 172 bis dispone que la condena podrá recaer sobre quienes hubieren sido declarados personas afectadas por la

---

<sup>1149</sup> El JM de Alicante condenó «a abonar a los acreedores concursales el veinticinco por ciento de las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa (...)» (SJM nº 1 de Alicante nº 62 de 15/5/2008 [JUR 2012\354691], ponente: FUENTES DEVESA).

calificación, se encuentra obviamente implícito que la calificación culpable es, también, un presupuesto de la condena por el déficit concursal.

La culpabilidad del concurso se determina en función de lo dispuesto en los arts. 164 y 165 de la LCE y 192, 193 y 194 de la LC. En los arts. 164.1 de la LCE y 192 de la LC se establece una regla abierta de valoración de culpabilidad (cláusula general), que implícitamente exige la existencia de nexo causal entre, por un lado, la conducta de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y de los apoderados generales, y, por otro lado, la insolvencia<sup>1150</sup>. Esto nos impone desentrañar qué significa la palabra insolvencia en el contexto de la LC, cuestión que, como se verá, no es tan sencilla como pudiera parecer a primera vista

Mayor complejidad supone interpretar cómo interactúan las disposiciones previstas en los arts. 164.2 y 165 de la LCE y 193 y 194 de la LC con la cláusula general referida. La cuestión es determinar si los supuestos allí previstos constituyen presunciones o si constituyen, en realidad, supuestos típicos de culpabilidad concursal. La respuesta a esta cuestión es esencial, pues con ella se relaciona la necesidad o no de acreditar el nexo causal entre la conducta de los administradores y la producción o agravación de la insolvencia.

---

<sup>1150</sup> ROSENDE VILLAR entiende que los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 de la LCE constituyen un *numerus clausus* (ROSENDE VILLAR, «De los presupuestos del concurso», *Comentarios a la Ley Concursal* [2004], p. 1061). Otros autores, en cambio, aun admitiendo que se debe partir del principio *odio-sa sunt restringenda*, considera que la interpretación restrictiva vale para las presunciones *iuris et de iure* o *iuris tantum*, pero no para los supuestos o conductas que permitan calificar al concurso como culpable. No hay, a su entender, un elenco típico de tales conductas, sin perjuicio de que la LCE enumere conductas que, en sí mismas consideradas y verificada su concurrencia, son bastante para la calificación culpable del concurso (BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 297; SANCHO GARGALLO, «La calificación del concurso», p. 166; SANCHO GARGALLO, «El concurso de acreedores de la sociedad mercantil», pp. 59 y ss.).

El tema presenta una dificultad adicional, en la medida en que la respuesta interfiere en el posicionamiento que se asuma respecto de la función de la responsabilidad por el déficit. Si se considera que la función de esa responsabilidad es resarcitoria, se impone en todos los casos la acreditación del nexo causal con la producción o agravación de la insolvencia. Si se considera que la función es sancionatoria o de garantía, al menos en los supuestos previstos en los arts. 164.2 de la LCE y 194 de la LC, la existencia de un nexo causal con la producción o agravación de la insolvencia sería indiferente.

### *A. Cláusula general*

El art. 164.1 de la LCE – de contenido similar a lo dispuesto en el § 2 del art. 192 LC – dispone que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. Esta disposición constituye una cláusula general que traslada a la sede concursal el deber genérico de diligencia previsto en el art. 225 de la LSC<sup>1151</sup> (ordenado empresario y representante leal)<sup>1152</sup> con exoneración de los casos de mera culpa o culpa leve (que, en cambio, estarían abarcados en el caso de la acción social de responsabilidad)<sup>1153</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 164.1, la calificación culpable del concurso depende de la verificación de cuatro requisitos, que la jurisprudencia considera esenciales: 1. que el deudor se encuentre en estado de insolvencia; 2. que el comportamiento activo o pasivo del deudor, de sus representantes legales, administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales,

---

<sup>1151</sup> Antiguos arts. 127.1 LSA y 61.1 LSRL.

<sup>1152</sup> Que se corresponden con los arts. 83 y 391 de la LSC (lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios).

<sup>1153</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital...» (2002), pp. 267 y 289.

hubiese generado o agravado el estado de insolvencia<sup>1154</sup>; 3. que haya una relación de causalidad entre el comportamiento de los sujetos referidos y la generación o agravación de la insolvencia; 4. que al comportamiento pueda ser atribuido dolo o culpa grave<sup>1155</sup>.

## 1. Requisitos para la calificación culpable en función de la cláusula general

### a. Estado de insolvencia del deudor

El estado de insolvencia del deudor es el presupuesto básico de la calificación culpable y, por ende, de la condena por el déficit<sup>1156</sup>. La

---

<sup>1154</sup> Por STS de 2/2/2007 (RJ caso n° 2.069) se estimó que al 31/12/1994, según la prueba pericial, el patrimonio real de la sociedad era negativo, por lo que cuando se contrató con la entidad actora en el mes de febrero de 1995 y cuando, posteriormente, se fueron aceptando las distintas letras de cambio para el pago de facturas, la librada se encontraba en situación de insolvencia definitiva, con la consiguiente responsabilidad de los demandados, uno como administrador formal y otro como administrador de hecho.

<sup>1155</sup> En la doctrina y jurisprudencia españolas, se ensayan diversas formas de exposición de esos requisitos o presupuestos. Así, por ejemplo, se subsume el presupuesto de la insolvencia del deudor, dentro de aquél referido a la generación o agravamiento de la insolvencia y, por otra parte, se da un tratamiento separado a la existencia de un comportamiento activo o pasivo de los sujetos involucrados (SSJMM n° 1 de Alicante, de 13/1/2011 [AC 2011\37]; de Málaga de 13/2/2009 [LL 46789/2009] y 22/5/2006 [LL 88156/2006]; y de Madrid de 18/1/2007 [JUR 2007\368567; LL 18592/2007], 5/12/2006 [JUR 2007\ 368551; LL 242899/2006], 17/7/2006 [AC 2007\739; LL 242898/2006] y 16/2/2006 [AC 2006\238; LL 18060/2006]). Eventualmente, la exposición de los presupuestos puede organizarse de otra manera, considerando que son tres o dos, en lugar de cuatro, y algunos denominarlos *presupuestos* y otros *requisitos*, pero sin que esto suponga ninguna diferencia de fondo (MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal* [2006], p. 88, y PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency* [2004], pp. 2 y 3)

<sup>1156</sup> Bajo el régimen de la LCF, los acreedores no tenían más que probar la insuficiencia del activo, pues pesaba sobre los administradores una presunción de responsabilidad (FERRARI, *La*

jurisprudencia y doctrina española destacan la relevancia de la existencia de un estado de insolvencia, actual o inminente<sup>1157</sup>.

El concepto de insolvencia es uno de los más imprecisos en su significación<sup>1158</sup>. La anfibología del término viene dada tanto por su etimología como por la diversidad de las situaciones jurídicas en que se usa<sup>1159</sup>.

La palabra *insolvencia* proviene de la locución latina *in solvens*, que significa *quien no paga*<sup>1160</sup>. Sin embargo, si atendemos a la acepción vulgar del verbo *solvere* - que significa *separar* o *desatar* - ésta palabra puede considerarse referida a una situación material de sujeción o ligamen (vínculo) que, en virtud de la in-solvencia, queda *suelta* o *desatada*<sup>1161</sup>.

---

*responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens* [1970]).

<sup>1157</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administrado-res...» (2004), p. 1437; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 712. SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011, AC 2011\246

<sup>1158</sup> OLIVENCIA RUIZ, «Ius variandi del titular de la acción cambiaria en caso de quiebra del demandado», *ADC*, t. 13, fasc. 1, enero-marzo (1960), pp. 283 y ss.; PASCALE CAVALLIERI, *Decisiones financieras*, 6ª ed. (2009), p. 588.

<sup>1159</sup> PÉREZ PASCUAL, «La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos», *RDP*, mayo (1989), p. 415.

<sup>1160</sup> PÉREZ PASCUAL, id. *ibid.*

<sup>1161</sup> Desde comienzos de la República, la aplicación del verbo *solvere* se especializa en referir técnicamente al «acto de liberación de una vinculación obligatoria mediante el cumplimiento o acuerdo del acreedor». La referencia al insolvente (*in solutus*) se utiliza en relación con la liberación del deudor por la satisfacción del acreedor alcanzada mediante el procedimiento de ejecución. Más tarde, la insolvencia se percibe desde la perspectiva del daño al derecho de crédito, en la medida que frustra la posible satisfacción del acreedor, como consecuencia de la insuficiencia de la garantía patrimonial que sirve de base y soporte de la responsabilidad patrimonial del deudor. Entonces, el concepto de insolvencia opera en el ámbito de la efectividad del derecho de crédito, entendido como una situación de desprotección o desamparo del mismo (ORDUÑA MORENO, *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico* [1994], pp. 46-51).

La aplicación de esta última acepción en el campo jurídico se traduce, en primer lugar, como «*el hecho de quedar liberado de cualquier vinculación o sujeción contemplada por el Derecho, ya de una obligación, de una relación o de una coacción*». En este sentido, el insolvente – *in solutus* – sería quien no está suelto, el que no está liberado, pues está sujeto a las resultas del procedimiento dispuesto para la ejecución colectiva de su patrimonio<sup>1162</sup>.

En sentido contable, un patrimonio es insolvente – insolvencia en términos de bancarrota - cuando el monto de su pasivo supera la suma de los valores de su activo. Esto es: el patrimonio neto es negativo<sup>1163</sup>. La comprobación de la insolvencia requiere un estudio de la situación patrimonial del deudor, con la estimación del valor venal de cada una de las unidades que componen su activo y con la confrontación de la suma de esos valores con el estado de su pasivo<sup>1164</sup>. El insolvente no puede pagar su pasivo ni siquiera enajenando todos los bienes de su activo. De ahí que, tradicionalmente, se considera que el insolvente se encuentra en situación de *quiebra económica*<sup>1165</sup>.

En términos de la teoría de las finanzas, la *insolvencia técnica* se tipifica por una insuficiencia de los flujos de fondos del deudor, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes) para atender los pagos de interés, así como los del principal de las deudas, en las fechas estipuladas (pasivo exigible o pasivo corriente)<sup>1166</sup>. Los tres aspectos que deben recordarse al hablar de insolvencia técnica son el carácter temporal del fenómeno (que puede en muchos casos revertirse), la posibilidad de que se trate de una crisis de liquidez y

---

<sup>1162</sup> ORDUÑA MORENO, id., pp. 43-46.

<sup>1163</sup> PASCALE CAVALLIERI, op. cit., p. 588.

<sup>1164</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1 (2004), p. 90.

<sup>1165</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, id. *ibid.*

<sup>1166</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal* (2012), p. 156.

que se trata de un problema financiero en el que no necesariamente el monto de los activos tiene que ser menor que el de las deudas. Es un tipo de problema financiero más integral, que involucra frecuentemente las estructuras de financiamiento, la calidad de los activos, así como la realidad y potencialidad de generar ganancias y flujos de fondos<sup>1167</sup>.

Una primera postura establece que la insolvencia financiera en términos de bancarrota se produce cuando el valor presente de los flujos de caja esperados es menor que el valor presente de las deudas, de modo que la empresa es incapaz de soportar gastos financieros sin descapitalizarse<sup>1168</sup>. La segunda postura establece que se produce cuando el valor de mercado de los activos es inferior al valor de mercado de las deudas<sup>1169</sup>.

En la legislación mercantil española, la palabra insolvencia aparece al tratar la cesión de créditos (art. 516 CCom español) y la letra de cambio (art. 608). También, aparece en el art. 146 de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985, al imputar al tenedor de un cheque la insolvencia del librado. Asimismo, aparece en

---

<sup>1167</sup> PASCALE CAVALLIERI, op. cit., p. 588.

<sup>1168</sup> Éste parece ser el concepto al que recurre la SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652), cuyo ponente fue ALEMANY EGUIDAZU: « *El Balance muestra un estado de iliquidez, no momentánea sino continuada, visto que el ratio de liquidez (activo corriente/pasivo corriente) es inferior a 2 y el ratio ácido (realizable+disponible/pasivo corriente) inferior a 1. El problema de liquidez se agrava hasta la "suspensión de pagos técnica" por ser el fondo de maniobra (activo corriente - pasivo corriente) negativo.*

*El Balance muestra sobreendeudamiento ya que el ratio de endeudamiento (exigible/pasivo total) es superior a 0,6, es decir, los fondos propios representan menos del 40% del pasivo total. Además, al comprobarse pérdidas antes de intereses e impuestos (BAII), la empresa es incapaz de soportar gastos financieros sin descapitalizarse. El sobreendeudamiento es, finalmente, insostenible por resultar en desbalance, déficit patrimonial o "quiebra técnica" (pasivo superior al activo; ratio de garantía [activo real - deudas] negativo) por haber llegado los fondos propios a ser negativos, a consecuencia de pérdidas acumuladas que superan al capital y las reservas.»*

<sup>1169</sup> PASCALE CAVALLIERI, id. ibid.

los arts. 74.2 (al determinar la legitimación de los acreedores para promover la acción social de responsabilidad) y 365.1 (referido al deber de convocatoria) de la LSCE. Sin embargo, en ninguna de estas disposiciones se brinda un concepto legal de insolvencia.

En el art. 2.2 de la LCE se establece que se encuentra en estado de insolvencia «*el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*»<sup>1170</sup>, en lo que quedaría comprendida tanto la insolvencia actual como la inminente (art. 2.3)<sup>1171</sup>. En la norma similar de la LC (art. 1, § 2), casi idéntica, faltan las palabras «*regularmente*»<sup>1172</sup> y «*exigibles*»<sup>1173</sup>. El art. 1 de la LC

---

<sup>1170</sup> La LCE no hace referencia a un tipo específico de obligaciones, por lo que deben considerarse comprendidas tanto las obligaciones de dar, como las de hacer y las de no hacer. Sin embargo, se entiende que las obligaciones que consisten en algo distinto que en la entrega de una suma de dinero únicamente son relevantes para el concepto de insolvencia cuando, en concepto de daños y perjuicios, se transforman en obligaciones dinerarias. Vide: HERNÁNDEZ MAR-TÍ y ALTÉS TARREGA, «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», *Concurso e insolvencia punible*, coord. HERNÁNDEZ MARTÍ (2004), p. 45.

<sup>1171</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administrado-res...» (2004), p. 1437; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 4.

<sup>1172</sup> El adverbio «*regularmente*» proviene de la LF (art. 5-II) y fue agregado a propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista. El sentido general del término *regular* es «*ajustado y conforme a regla*» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*).

La intención de este agregado - manifestada por sus proponentes - fue abarcar tanto al deudor que cumple puntualmente con sus obligaciones aunque de forma irregular (consiguiendo medios para pagar a los acreedores a través de la liquidación apresurada y ruinosa de sus bienes), cuanto a aquel que cumple sistemáticamente con retraso, por tener un problema continuado de falta de tesorería. El primero no se ajusta a las reglas concursales, en la medida que los actos que realiza para mantener el cumplimiento de sus obligaciones, son rescindibles por perjudiciales a la masa activa. El segundo no se ajusta a las reglas generales sobre el pago de las obligaciones, es decir, en las condiciones de modo y de tiempo fijadas en la obligación. En un tercer sentido es regular el cumplimiento realizado de acuerdo con los medios ordinarios o regulares con que cuente el deudor. En este sentido, no se trataría tanto de valorar si un concreto cumplimiento puede ser considerado regular de acuerdo con las normas

establece que se considera en estado de insolvencia al deudor «*que no puede cumplir con sus obligaciones*».

En la LCA, el presupuesto objetivo de los concursos sigue denominándose cesación de pagos<sup>1174</sup>. No se establece expresamente un concepto legal del mismo pero, no obstante, de lo dispuesto en su art. 78 la doctrina infiere una definición. Se considera, entonces, que la insolvencia concursal es una situación de incapacidad o impotencia patrimonial para responder con medios regulares el pago de las obligaciones exigibles<sup>1175</sup>. Como se advertirá, la definición de cesación de pagos en la LCA es sustancialmente idéntica a la definición de insolvencia en la LCE<sup>1176</sup>.

---

legales (generales o concursales), sino de precisar si un deudor está o no en condiciones de afrontar de una manera normal el cumplimiento de sus obligaciones.

Vide: BELTRÁN SÁNCHEZ, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. 3, p. 1751; HERNÁNDEZ MARTÍ y ALTÉS TARREGA, «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 43.

<sup>1173</sup> Sólo las obligaciones vencidas son relevantes para el concepto de insolvencia, con independencia de la situación de mora del deudor. Vide: HERNÁNDEZ MARTÍ y ALTÉS TARREGA, *id.*, p. 45.

<sup>1174</sup> Art. 1, § 1, LCA: «*Cesación de pagos. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecto, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69.*»

<sup>1175</sup> Art. 78, § 1, LCA: «*Prueba de cesación de pagos. El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan.*»

<sup>1176</sup> Sólo falta la referencia a la *exigibilidad*, que es un componente añadido por la doctrina desde YADAROLA en adelante (FERNÁNDEZ, *Fundamentos de la quiebra* [1937], § 139 y ss.; SATANOWSKY, *Estudios de Derecho Comercial*, t. 3 (1957), p. 206; WILLIAMS, *El concurso preventivo* (1975), p. 14; YADAROLA, «Algunos aspectos fundamentales de la nueva ley de quiebras», *Revista Crítica de Jurisprudencia*, n° 18 (1934), p. 433; YADAROLA, «El concepto

El concepto legal de insolvencia en las tres legislaciones concursales que comparamos, se aparta del concepto económico, contable o patrimonial, puesto que prioriza la consideración del incumplimiento, que constituye la esencia de esta noción<sup>1177</sup>, siéndo indiferente si ese incumplimiento obedece a una situación de insolvencia en sentido económico o de mera iliquidez<sup>1178</sup>. Puede ser el activo

---

técnico-científico de cesación de pagos», *RJA*, sec. doct. 68, p. 6 1939), hasta la jurisprudencia argentina reciente (SCNCom, Sala A, de 18/9/2012, Rosarios Sergio G. s/Quiebra [IJ-LXVI-940]); SCNCom, Sala F, de 24 de febrero, People and Partners SRL (LL 2011-E, 131).

<sup>1177</sup> CERDÁ ALBERO, «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 1 (2005), p. 962.

<sup>1178</sup> El concepto de *iliquidez* es, también, un concepto económico que, en ocasiones, se aproxima al concepto legal de insolvencia. La AP de Madrid consideró que la iliquidez determinada por la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones en un determinado momento, constituye la insolvencia actual establecida como presupuesto de la declaración de concurso por la LCE (SAP de Madrid, Sec. 28, de 10/9/2010 [AC 2011-2, pp. 390 y 391]).

Sin embargo, una persona presenta una situación patrimonial de liquidez, cuando los bienes del activo disponible (considerando comprendido en éste el dinero en efectivo y las cuentas a cobrar) son, por lo menos, iguales al pasivo exigible a corto plazo. En cambio, el insolvente (en sentido económico), no puede pagar su pasivo ni siquiera enajenando todos los bienes de su activo.

El deudor tiene la obligación de pagar sus deudas en dinero. El acreedor puede recibir del deudor alguna cosa en pago de su deuda, pero ello es una facultad del acreedor, nunca una obligación. La dación de bienes en pago constituye un modo anormal de cumplir las obligaciones, que requiere el consentimiento expreso del acreedor. En consecuencia, si el deudor no puede pagar, en efectivo, sus deudas de exigibilidad inmediata o a corto plazo, su estado será de iliquidez y, por ende, también, de *quiebra económica*. Entonces, aun teniendo un patrimonio solvente, una persona puede estar en estado económico de quiebra, porque no basta la solvencia, es necesaria, además, la realizabilidad en el corto plazo de los valores que constituyen el activo (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, t. 1 [2004], p. 93).

superior al pasivo e igualmente encontrarse el deudor en estado de insolvencia jurídica<sup>1179</sup>.

No obstante, en nuestra opinión<sup>1180</sup>, los arts. 2 de la LCE y 1 de la LC simplemente optaron por una denominación diferente – a nuestro juicio equívoca – para lo que el CCom uruguayo denominaba *cesación de pagos*<sup>1181</sup> o el CCom español refería como *sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones* (art. 876)<sup>1182</sup>. La *cesación de pagos* o el *sobreseimiento*, tal como se

---

Puede darse una situación de insolvencia económica y estar el deudor al corriente en el pago de sus obligaciones exigibles cuando, pese a su incapacidad, salda sus deudas, bien porque un tercero proporciona los recursos para ello, bien porque utiliza reservas acumuladas (HERNÁNDEZ MARTÍ y ALTÉS TARREGA, «Los presupuestos del concurso...», *Concurso e insolvencia punible*, p. 44). Asimismo, puede el deudor ser solvente y, no obstante, incumplir sus obligaciones exigibles, bien porque simplemente no quiere pagar, por error o negligencia (BACIGALUPO SAGGESE, op. cit., p. 128) o porque carece de liquidez (SAP de Madrid citada).

<sup>1179</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), p. 509; HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, *Las pericias en materia concursal* (2012), p. 58; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 86; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo* (2009), p. 102.

<sup>1180</sup> Contrariamente, RIPPE KÁISER considera que el presupuesto objetivo del concurso en la LC es diferente a la cesación de pagos. En su opinión, la LC no tipifica un único concepto de insolvencia, sin que acepta conceptos diversos, cualquiera de los cuales, aun excediendo los límites literales y sustantivos del término en sí, habilitan la configuración de la insolvencia en el plano jurídico, como presupuesto objetivo de la declaración de concurso (RIPPE KÁISER, «Aproximación crítica al presupuesto objetivo del “estado de insolvencia” y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal», *ADCom*, n° 14 [2012], p. 22).

<sup>1181</sup> El art. 1575 (derogado) del CCom uruguayo, consideraba en estado de quiebra a todo comerciante que cesaba «en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles». Luego, en su § 2, el mismo artículo aclaraba que bastaba para constituir el estado de quiebra, «la cesación en el pago de una obligación mercantil, a que no se haya opuesto por el deudor alguna excepción legal».

<sup>1182</sup> En el régimen derogado, para declarar la quiebra, el juez no estaba obligado a examinar sus causas, pero sí a cerciorarse de que el deudor había cesado, «de una manera general», en sus pagos. Por eso para que pudiera prosperar la oposición del deudor al auto de declaración

los definía en la doctrina que comentaba la legislación anterior<sup>1183</sup> constituyen un estado patrimonial de impotencia frente al vencimiento de las obligaciones, que se revela a través de diversos hechos cuya enumeración taxativa es imposible, pero que tiene en común el denotar que el deudor se encuentra ante la imposibilidad de pagar<sup>1184</sup>.

En este sentido, observamos que los arts. 2 de la LCE y 1 de la LC, para configurar lo que se considera como *insolvencia*, no exigen que se haya verificado, meramente, el incumplimiento, sino que se establezca judicialmente que el deudor se encuentra en un estado tal que «*no puede cumplir*» con sus obligaciones<sup>1185</sup>. Esto es, el incumplimiento puede que sea, en la legislación uru-

---

de quiebra, el CCom español y la jurisprudencia (SSTS de 12/3/1910, de 4/10/1905 y de 24/3/1886), lejos de pedirle al comerciante que probase la tenencia de bienes suficientes para pagar, le exigía la demostración de que no había sobreseído «*en el pago corriente de sus obligaciones*».

<sup>1183</sup> La doctrina que comentaba el régimen derogado, entendía a la insolvencia en dos sentidos antagónicos, a los efectos de la legislación concursal: insolvencia definitiva e insolvencia provisional. La constatación de una situación económica de desbalance o *insolvencia absoluta, permanente o definitiva*, esto es, la impotencia del patrimonio del concursado para satisfacer todas las deudas, por ser el pasivo superior al activo, daba lugar a la quiebra. Se consideraba en situación de *insolvencia provisional* a aquel sujeto que, aun contando con activos suficientes, hubiere suspendido el pago de sus deudas o, dicho de otro modo, aquella situación en la que el patrimonio era *actualmente* impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular. Vide por todos: GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 2, 8ª ed. rev. por SÁNCHEZ CALERO (1983), p. 429; OLIVENCIA RUIZ, «Ius variandi del titular de la acción cambiaria en caso de quiebra del demandado», *ADC*, t. 13, fasc. 1, enero-marzo (1960), pp. 283 ss.; PÉREZ PASCUAL, «La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos», *RDP*, mayo, pp. 416 ss.; URÍA, *Derecho mercantil* (1998), pp. 929 y 930.

<sup>1184</sup> FERNÁNDEZ, *Fundamentos...* (1937), pp. 244 y 245.

<sup>1185</sup> La LCE es mucho más consistente que la LC en este sentido. No sólo en cuanto el art. 2.2 de la LCE, al definir la insolvencia se refiere a la impotencia para cumplir «*regularmente*» con las obligaciones asumidas y porque se refiere a las obligaciones «*exigibles*». A su vez, en

guaya, una presunción relativa de insolvencia, pero lo que constituye la *insolvencia jurídica* no es el incumplimiento, sino el estado de impotencia patrimonial por carecer el deudor de los medios de pago necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones<sup>1186</sup>.

Un incumplimiento puntual – aunque en la legislación uruguaya sirva para configurar una presunción relativa de insolvencia (n° 3, art. 4 LC) - no implica que el deudor se encuentre en estado de insolvencia en sentido jurídico<sup>1187</sup>. El

---

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

<sup>1186</sup> HERNÁNDEZ MARTÍ y ALTÉS TARREGA, «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 44.

<sup>1187</sup> La polémica respecto a si basta un incumplimiento para configurar la cesación de pagos (posición de BOLAFFIO) o si se requiere la configuración de una situación patrimonial de impotencia para hacer frente a las obligaciones (BONELLI, NAVARRINI, ROCCO) existía ya en la doctrina italiana de principios del siglo XX. Vide: ARGERI, *La quiebra y demás procesos concursales* (1978), t. 1, p. 165.

La LCE y la LC se han decantado por la segunda posición, según interpreta en forma unánime la doctrina. Tal como lo explica BELTRÁN SÁNCHEZ, el presupuesto objetivo del concurso no es la insolvencia – a pesar del tenor literal de los arts. 2.1 de la LCE y 1 de la LC – sino el *estado de insolvencia*. La insolvencia es, necesariamente, un *estado*. No es insolvente quien atraviesa dificultades momentáneas, sino que ha de enfrentar una situación tal que le sea imposible cumplir sus obligaciones (BELTRÁN SÁNCHEZ, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal...*, t. 3, p. 1745).

deudor puede demostrar que no se encuentra en ese estado y, por ende, evitar el concurso, acreditando que tiene recursos líquidos suficientes para pagar las obligaciones vencidas<sup>1188</sup>.

Del mismo modo, la comprobación de que su pasivo es superior a su activo (insolvencia económica), constituye meramente una presunción relativa de insolvencia jurídica (art. 4, n° 1, LC), puesto que, a pesar de ello, el deudor podría demostrar que le es posible cumplir con sus obligaciones. Le bastará para ello, por ejemplo, acreditar que obtuvo una línea de crédito a mediano plazo y que la proyección de sus flujos de fondos demuestre que no se encuentra en el sentido dado por la teoría de las finanzas se denomina estado de *insolvencia técnica*<sup>1189</sup>.

La insolvencia como sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones es el concepto que ha acogido la jurisprudencia española. Significa que el deudor está atravesando una situación en la que, con independencia de la causa que la motiva, ya sea de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no

---

<sup>1188</sup> Este punto constituye una diferencia no menor entre la LCE y la LC. Al acreedor instante la LC sólo le exige acreditar el incumplimiento, no el sobreseimiento. Al apartarse la LCE de la PALC en este aspecto, le impone a los acreedores la carga probatoria sobre el sobreseimiento del deudor, que es un hecho que difícilmente siquiera conozca. Las presunciones más atrevidas de la PALC y, según entiende la doctrina española, más eficaces, fueron mantenidas en la LC pero descartadas de la LCE. Vide: BELTRÁN SÁNCHEZ, op. cit., p. 1742).

<sup>1189</sup> En este sentido, observa la jurisprudencia que la insolvencia concursal no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, éste puede seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (SAP de Madrid, Sec. 28, de 10/9/2010 (AC 2011-2, pp. 390 y 391). Ya decía SAGRERA TIZÓN, comentando una sentencia de 29 de marzo de 1983, de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que la quiebra nunca es el déficit del balance, puesto que en el comercio existe una partida no contable, que se el crédito. De modo que, mientras el comerciante disfruta de crédito suficiente para que sus acreedores aplacen las fechas de vencimiento de sus obligaciones, no se produce el sobreseimiento en los pagos (SEGRERA TIZÓN, *Estudios de Derecho Concursal* [1989], p. 81).

de manera puntual o aislada)<sup>1190</sup>, no puede atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores que tienen pendiente la satisfacción de sus derechos<sup>1191</sup>.

***b. Generación o agravamiento de la insolvencia***

No basta que la sociedad sea insolvente. La insolvencia es el presupuesto objetivo del concurso, de modo que si no existiere en el momento en que el juez declara el concurso, tampoco corresponde la tramitación del procedimiento concursal (art. 18.2 LCE)<sup>1192</sup>.

La determinación de la calificación culpable no depende meramente de la insolvencia de la sociedad, sino del comportamiento activo o pasivo del deudor o, en el caso de que el deudor sea una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y su incidencia sobre la causación o agravamiento de la insolvencia. Así surge de la cláusula general establecida en los arts. 164.1 LCE y 192 de la LC que, indudablemente, establece una regla abierta de valoración de culpabilidad que exige la existencia de nexo causal entre la conducta de los administradores o liquidadores y la insolvencia<sup>1193</sup>.

Hasta aquí la cuestión no plantea mayores dificultades. El problema está en que, a los efectos de la determinación de la culpabilidad del concurso deben

---

<sup>1190</sup> La doctrina destaca la cuestión de distinguir la mera interrupción transitoria de los pagos de la imposibilidad de pagar, o sea, la crisis de tesorería pasajera de una crisis de tesorería derivada de la pérdida constante de rentabilidad. Sólo en este último caso se configuraría la insolvencia concursal, en la que se ingresa toda vez que el deudor no puede cumplir las obligaciones exigibles, ni tampoco podrá hacerlo en el futuro próximo (CERDÁ ALBERO, «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 1, pp. 963 y 964).

<sup>1191</sup> AAP de Madrid, Sec. 28, n° 68 de 27/4/2012 (*JUR* 2012\210581) ponente GARCÍA GARCÍA.

<sup>1192</sup> HERNÁNDEZ MARTÍ y ALTÉS TARREGA, «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», *Concurso e insolvencia punible* (2004), p. 43.

<sup>1193</sup> SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 (*AC* 2011\246).

tenerse presentes, también, las reglas contenidas en los arts. 164.2 y 165 de la LCE y 193 y 194 de la LC.

La AP de Pontevedra ha considerado que la calificación no depende de que la conducta haya agravado o no la insolvencia, sino de la gravedad del incumplimiento de los deberes legales impuestos al administrador. Si bien se reconoce que en el primer párrafo del art. 164 de la LCE, se establece una regla abierta de valoración de culpabilidad que liga el incumplimiento con la insolvencia, la AP de Pontevedra considera que las reglas contenidas en los arts. 164.2 y 165, constituyen tipos legales cerrados y específicos. Desgajar esos tipos específicos, para conectarlos con la regla abierta, en opinión de la AP de Pontevedra, supone mezclar de forma indebida normas jurídicas que responden a principios diferentes: las conductas específicamente tipificadas suponen, por su propia esencia, la culpabilidad del concurso y no tienen por qué guardar relación con que el administrador haya agravado o no la insolvencia<sup>1194</sup>.

Las AP de Madrid y Barcelona<sup>1195</sup> en jurisprudencia que se puede seguir hasta el 2010, consideraron que la interpretación se debía hacer en forma escalonada distinguiendo los tres criterios siguientes. En primer lugar, la cláusula general, contenida en el art. 164.1, según la cual, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales. En segundo lugar, las presunciones *iuris tantum*, que suponen, salvo la prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave. En

---

<sup>1194</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 392).

<sup>1195</sup> SSAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 393); 30/1/ 2009 (*AC* 2009\294); 17/7/2008 (*JUR* 290874); 5/2/2008 (*AC* 2008\834, *ADCo* n° 17, 2009-2, pp. 533 y ss.) y 24/9/2007 (*JUR* 95.242, *ADCo* n° 14, 2008-2, pp. 502-508) y SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/12/2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, p. 553)

tercer lugar, las conductas consideradas por la LCE como suficientes para determinar, por sí mismas el carácter culpable del concurso.

El TS, en cambio, en su jurisprudencia reciente, ha basado sus sentencias en la consideración de dos criterios para determinar la calificación culpable del concurso<sup>1196</sup>. Uno de los criterios depende de que haya mediado una conducta dolosa o gravemente culposa, que hubiera producido como resultado, la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 164.1 LCE). Complementariamente, el art. 165 establece tres casos en los que se presume *iuris tantum* la dolosa o gravemente culposa causación o agravación de la insolvencia, por lo que se admite la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165)<sup>1197</sup>. En el otro de los criterios, la calificación es independiente de la causación o agravación de la insolvencia, bastando la demostración de la ejecución de alguno de los supuestos previstos en el art. 164.2 de la LCE<sup>1198</sup>.

### *c. Imputabilidad y nexa causal*

Tanto en el art. 172.1 de la LCE, como en el art. 201, n° 1, de la LC se exige expresamente que la sentencia que califique al concurso como culpable exprese «*la causa o causas en que se fundamente la calificación*». Esta exigencia no se repite respecto de la calificación del concurso como fortuito.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 164.1 de la LCE y en el art. 192 de la LC, la calificación del concurso como culpable depende de la existencia de una

---

<sup>1196</sup> STS n° 255, de 26/4/2012 (ROJ 2877\2012), ponente: FERRÁNDIZ GA-BRIEL. También, SSTS n° 259, de 20/4/2012 (ROJ 2883\2012); n° 142 de 21/3/2012 (ROJ 2542\ 2012); n° 994 de 16/1/2012 (ROJ 525\2012) y n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084).

<sup>1197</sup> SSTS n° 255 de 26/4/2012 (ROJ 2877\2012); n° 259 de 20/4/ 2012 (ROJ 2883\2012); n° 142 de 21/3/2012 (ROJ 2542\2012); n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368); n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084); n° 994 de 16/1/2011 y AAP de Barcelona, Sec. 15, de 6/2/2006 (JUR 2006\242022).

<sup>1198</sup> SSTS n° 255 de 26/4/2012, n° 259 de 20/4/2012, n° 142 de 21/3/2012 y n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084).

conducta, dolosa o gravemente culposa de determinados sujetos, que haya producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. La generación o agravación de la insolvencia, entonces, debe obedecer a una causa imputable a los sujetos afectados por la calificación, siendo ello determinante, a su vez, de que los créditos de los acreedores resulten, en todo o en parte, fallidos tras la liquidación (164.1 LCE)<sup>1199</sup>.

Si hay acto antijurídico (ilicitud) pero éste no es imputable al sujeto de referencia (el deudor concursado) o si la simple imputación fáctica no implica imputación jurídica porque concurre alguna circunstancia excluyente de la culpa, no existe infracción co-mo hecho desencadenante de la calificación culpable del concurso<sup>1200</sup>. Será fortuito el concurso, entonces, cuando la situación de insolvencia haya tenido su origen en un incendio o en la liquidación de un banco donde el comerciante tenía sus depósitos<sup>1201</sup>, siempre y cuando no se verifique ninguno de los supuestos legales de culpabilidad previstos en el apartado 2 del art. 164 de la LCE.

#### *d. Dolo o culpa grave*

No alcanza con los requisitos antes analizados para la calificación del concurso como culpable. Además de que la sociedad sea insolvente y que esa insolvencia se deba a una acción u omisión imputable a los sujetos afectados por la calificación, se requiere un requisito adicional: el comportamiento debe tener una carga de antijuridicidad elevada, ya que debe ser susceptible de imputación

---

<sup>1199</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 532 y ss.

<sup>1200</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad...», *ADCo*, n° 27, p. 369.

<sup>1201</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *op. cit.*, p. 221.

de dolo o culpa grave<sup>1202</sup>. La calificación culpable del concurso no es posible en caso de inexistencia de culpa, como tampoco basta que la imputación se realice a título de culpa leve o negligencia<sup>1203</sup>.

El dolo implica la realización de una voluntad dirigida a un re-sultado. A los efectos que aquí analizamos, dolo equivale a inten-cionalidad, como voluntad de violar el derecho de crédito, a conciencia de que la actuación u omisión concreta dará origen a la insolvencia o producirá su agravamiento<sup>1204</sup>.

Alguna doctrina, al analizar el concepto de dolo en general, agrega que no basta que la acción u omisión sea voluntaria, sino que supone conciencia del deber, aun sin el ánimo de perjudi-car<sup>1205</sup>. Otra doctrina niega que pertenezca al dolo la conciencia de la antijuridicidad, aunque sí considera que el resultado debe ser querido<sup>1206</sup>. En un sentido similar, la doctrina civilista uruguaya y argentina entiende que existe dolo cuando el sujeto activo dirige su voluntad no sólo al acto que realiza, sino hacia la producción del evento dañoso. Se señala que en el dolo hay voluntad del acto y voluntad del evento, en base al conocimiento que se tiene de las circunstancias que rodean la realización del hecho<sup>1207</sup>.

---

<sup>1202</sup> La conducta dolosa requiere mala fe, malicia o voluntariedad respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia. Mientras que la culpa grave con-lleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos deberes (SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011, AC 2011\246).

<sup>1203</sup> SSJMM n° 5 de Madrid, de 14/1/2011 (AC 2011\246) y n° 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

<sup>1204</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», p. 73.

<sup>1205</sup> MONTÉS PENADÉS, «La responsabilidad por dolo», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ (2007), p. 732.

<sup>1206</sup> SANTOS BRIZ, *Derecho de daños* (1963), p. 41.

<sup>1207</sup> GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 19: *Responsabilidad civil extracontractual*, v. 1° (1981), pp. 138 y 139; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual* (1954), p. 314; PICASSO, «Comentario al art. 1072», *Código Civil y leyes*

La culpa grave o *lata*, en cambio, representa un patrón de conducta que difícilmente pueda ser definido en abstracto, sino que tendrá que ir referido al estándar de conducta exigible según la actividad del concursado<sup>1208</sup>. En términos generales, la culpa grave involucra la omisión de la diligencia exigible en sus aspectos más básicos, que la doctrina ha definido como la del hombre grosero o descuidado<sup>1209</sup>.

Este requisito se conecta con el deber genérico de diligencia de los administradores. Sin embargo, en la legislación societaria, la responsabilidad por el incumplimiento de este deber se imputa, también, a título de mera culpa o culpa leve. El mayor grado de culpabilidad exigido para imputar responsabilidad concursal a los administradores, ha sido considerado como una incoherencia entre la legislación societaria y la concursal<sup>1210</sup>. Por otra parte, parecería preferible que la responsabilidad concursal se hubiera dispuesto por cualquier incumplimiento imputable a los administradores, con independencia del grado de culpa y permitir que fuera el juez quien graduase la responsabilidad, en función del grado de culpabilidad<sup>1211</sup>.

## 2. Casuística

Se ha considerado verificados los extremos previstos en la cláusula general en casos como los siguientes:

- a. Caso en que el administrador participó en la causación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad concursada, por gastar más de lo que

---

*complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. BUERES, coord. HIGHTON, 3<sup>a</sup> ed. (1999), p. 157.

<sup>1208</sup> BLASCO GASCÓ, id. *ibid.*

<sup>1209</sup> GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 17 (1992), p. 217).

<sup>1210</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 532 y 538; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 713.

<sup>1211</sup> PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, *id.*, pp. 4 y 5.

era posible a ésta, a la vista de las previsiones que él mismo había anticipadamente caLClado<sup>1212</sup>.

b. Caso en que los administradores dieron la orden de no provisionar créditos otorgados a sociedades vinculadas, a sabiendas de que el otorgamiento de dichos créditos por más de 18 millones de euros haría que la sociedad entrara indefectiblemente en concurso. En cuanto administradores, también, de las demás sociedades, conocían suficientemen-te la difícil situación por la que atravesaban, la práctica imposibilidad de hacer frente a los préstamos a corto plazo, no habían adoptado garantía alguna para asegurar el cobro de los préstamos. Se entendió, entonces, que esto puso de manifiesto una conducta culposa grave, que en modo alguno puede ser tolerada en un ordenado comerciante, siendo evidente, además, la relación de causalidad entre las operaciones llevadas a cabo por los administradores y la insolvencia<sup>1213</sup>.

En particular, merece destaque por involucrar a un administra-dor de hecho, un caso en que la conducta relevante fue la inactividad tanto de éste como del administrador de derecho, que permitió que un colaborador de la entidad concursada alterara un proyecto inmobiliario, provocando un espectacular aumento del coste económico de la obra que determinó la insuficiencia de tesorería para absorberlo y generó deudas impagadas y paralizaciones de la obra. Verificada la concurrencia de los requisitos de la cláusula general del art. 164.1 de la LCE - esto es, la relación causal de la omisión de los administradores de hecho y de derecho respecto de la generación o agravación de la insolvencia, que se les imputó a título de culpa - la AP de Zaragoza confirmó la resolución de primera instancia que inhabilitó a ambos para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de cinco años y les

---

<sup>1212</sup> STS n° 343 de 24/5/2013 (ROJ 3014/2013) ponente FERRÁNDIZ GA-BRIEL.

<sup>1213</sup> SAP de Salamanca, Sec. 1ª, n° 698 de 28/12/2012 (JUR 2013\35989), ponente: GONZÁLEZ CLAVIJO.

condenó a pagar la cantidad que los acreedores concursales no percibieran en la liquidación de la masa activa<sup>1214</sup>.

### ***B. Presunciones relativas***

El art. 165 de la LCE y el art. 194 de la LC establecen tres presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave, relacionadas con acciones u omisiones del deudor: incumplir con el deber de solicitar el concurso, de colaborar en el desarrollo del procedimiento facilitando la información necesaria y asistiendo a la junta de acreedores, así como el incumplimiento de la carga de llevar contabilidad, formular cuentas anuales, someterlas a auditoría cuando proceda y depositarlas en el Registro Mercantil<sup>1215</sup>.

#### **1. Dificultades en la interpretación de las normas que establecen las presunciones relativas**

En primer lugar, mientras el art. 194 de la LC se refiere sólo al «*deudor*» en términos genéricos, como eventual autor de los incumplimientos que hacen presumir la culpabilidad del concurso, el art. 165 de la LCE menciona entre los sujetos a los que se-rían atribuibles estas acciones u omisiones, además del deudor, a sus «*representantes legales, administradores o liquidadores*». De modo que, estrictamente, bajo la legislación uruguaya, la solicitud oportuna de concurso por un administrador no evitará que el concurso se califique como culpable, si éste hizo la solicitud a título personal en lugar de hacerlo en representación de la sociedad (art. 6, n° 3, LC)

---

<sup>1214</sup> SAP de Zarazoga, Sec. 5ª, n° 606 de 18/10/2010 (AC 2010\1798) ponente MARTÍNEZ ARESO.

<sup>1215</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La calificación y la conclusión del concurso», *Curso de Derecho Mercantil*, 2 v., pp. 1105-1106; BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad...», p. 365; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 27.

La LCE no hace alusión a los administradores ni a los liquidadores de hecho, a pesar de lo cual, dado que la Ley no distingue, habría que considerarlos igualmente comprendidos en la norma. Por otra parte, al menos en lo que respecta a la omisión del deber de colaboración o cooperación, el art. 42 de la LCE – ya no el art. 53 de la LC – incluye expresamente a «*quienes hayan desempeñado estos cargos*» (refiriéndose a los de administrador y liquidador).

El art. 165 de la LCE tampoco hace referencia a los apoderados generales. En este caso, entendemos que la alusión expresa era imprescindible para que pudieran considerarse involucrados, pues constituyen una categoría claramente diferente a las enunciadas por la norma. También aquí cabe advertir que el art. 42 de la LCE, al referirse al deber de colaboración e información del deudor incluye a los apoderados del deudor.

En segundo lugar, el art. 165 suscitó una disputa doctrinal respecto a si las presunciones cubren sólo el aspecto subjetivo de la conducta (esto es, dolo o culpa grave) o si abarcan, también, otros requerimientos, en particular el nexo causal con la producción o agravación de la insolvencia.

En la doctrina<sup>1216</sup> y jurisprudencia<sup>1217</sup> españolas prevalece la opinión de que las presunciones relativas sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa

---

<sup>1216</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 299; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2004), p. 2536; QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable...», *ADCo*, n° 27 (2013), p. 368.

<sup>1217</sup> Esta posición ha sido sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid: SSAP de Madrid, Sec. 28, de 16/9/2011 (*JUR* 2011\388289); 10/9/2010 (*ROJ* 2012\387162); 5/2/2010 (*JUR* 2010/135269); 2/10/2009 (*JUR* 2010/4900); 26/6/2009 (*JUR* 2009/2065); 8/5/2009 (*JUR* 2009\472939); 6/3/2009 (*JUR* 2009/236331); 18/11/2008 (*AC* 2009\67); 24/9/2008 (*JUR* 95242; *ADCo* n° 14, 2008, pp. 502-508), 17/7/2008 (*JUR* 290874); n° 31 de 5/2/2008 (*AC* 2008/834) y 24/9/2007 (*JUR* 2008/95242). Fue seguida, también, por SSAAPP de Guadalajara, Sec. 1ª, n° 63 de 5/3/2013 (*JUR* 2013\137805); de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13/9/2010 (*ADCo* 2011-2, pp. 391 y 392) y de Lleida, Sec. 2, de 13/9/2010 (*AC* 2010\318), además de diversos

grave y no el resto de los requisitos, que deben ser cumplidamente acreditados<sup>1218</sup>. En una reciente sentencia uruguaya, se sustenta que para que sea dictada una condena por responsabilidad concursal, no basta la invocación de presunciones relativas, sino que debe surgir acreditado en autos que la insolvencia de la concursada fue provocada o agravada por una conducta activa u omisiva que le pueda ser imputada a los administradores<sup>1219</sup>.

De acuerdo con esta posición, si ha habido incumplimiento del deber de solicitar el concurso, del deber de colaboración o de los deberes relacionados con

---

Juzgados en lo Mercantil: SSJMM n° 1 de Alicante de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103109); n° 1 de Valencia de 30/4/2008 (*JUR* 2008\357157) y de 28/9/2007 (*JUR* 2008\350820); y n° 3 de Pontevedra de 5/2/2008 (*AC* 2008\834).

<sup>1218</sup> El TS ha sustentado su posición en los términos siguientes: «*Alega la parte recurrente que no se fundamentó por la Sentencia recurrida el nexo causal entre la conducta de los administradores y la generación o agravación del estado de insolvencia. Resulta importante señalar que la parte recurrente no cuestionó tal aspecto a propósito de la aplicación del art. 165.1º LC para la calificación del concurso como culpable, y cuya concurrencia es inexcusable en todos los supuestos del art. 165 LC, pues este precepto solo presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable.*» STS n° 614 de 17/11/2011 (*RJ* 2012\3367), seguida de las SSTS n° 259 de 20/4/2012 (*RJ* 2012\5910) y n° 459 de 19/7/2012 (*RJ* 2012\9000).

<sup>1219</sup> SJLC de 1º t., 1311, 28/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI): «*A los efectos de calificar el concurso en caso de presunciones relativas no so-lo debe destruirse por parte de la concursada la presunción de culpabilidad que pesa en su contra sino que debe surgir acreditado en autos que la insolvencia en que se encuentra la concursada no fue provocada o agravada por una conducta activa u omisiva de sus directores que le sea imputable a título de dolo o culpa grave concurriendo así el oportuno nexo causal entre la conducta del director y el resultado.*»

la contabilidad que el precepto especifica, pero tales incumplimientos no han contribuido a generar o agravar la insolvencia, el concurso no debe ser calificado como culpable<sup>1220</sup>. Esto es, se debe acreditar que la conducta del administrador fue idónea para generar la insolvencia o para agravarla<sup>1221</sup>. Debe acreditarse la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo, pues tal extremo no derivaría de la presunción *iuris tantum* que nos ocupa<sup>1222</sup>.

Como es evidente, la posición reseñada desdibuja la eficacia de las presunciones previstas en los arts. 165 de la LCE y 194 de la LC, pues mantiene

---

<sup>1220</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable...», *ADCo*, n° 27, p. 368 y 369.

<sup>1221</sup> Se presume la existencia del dolo o la culpa grave, que determina la calificación de concurso culpable, cuando el administrador de la sociedad ha incumplido la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo que establece el art. 5 LCE: dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. No obstante, la SAP de Barcelona, Sec. 15, revoca la sentencia de primera instancia condenatoria de los administradores (SJM 3 de Barcelona, de 31/3/2008) por considerar que un retraso de tres meses y medio en la solicitud de concurso, aunque pudiera fundar la calificación de concurso culpable, no fue una conducta idónea para generar la insolvencia ni para agravarla, en la medida en que los administradores, objetivada ya la situación de insolvencia determinante del concurso, no contrajeron ni generaron nuevas deudas en ese estado (SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/1/2009, *JUR* 173.357).

En el mismo sentido la SJM 1 de Valencia, de 28/9/2007 (*TOL* 1290089).

<sup>1222</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 393); SAP de Córdoba, de 28/3/2008 (*JUR* 2008\216841); SAP de Jaén, de 10/3/2008 (*JUR* 2008\227040); SJM n° 1 de Alicante de 11/3/ 2011 (*JUR* 2011\103109); SJM 1 de Alicante, de 11/1/2011 (*AC* 2011\37).

En este sentido, la SJM n° 1 de Valencia, desestimó la pretensión del MF respecto a la calificación culpable del concurso con base en el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. El sentenciante dictaminó que, pese a que con la previsión del art. 165-1 viene a asegurarse el cumplimiento de la carga del art. 5-1, no puede obviarse que, en todo caso, debe acreditarse el presupuesto de generación o agravación del estado de insolvencia, pues tal no deriva automáticamente de la presunción legal (SJM 1 de Valencia de 30/4/2008, *JUR* 2008\357.157).

la exigencia de una muy difícil carga probatoria para que se pueda alcanzar una calificación culpable.

En la posición opuesta – que compartimos – la doctrina considera que las presunciones relativas de insolvencia, a pesar de que la omisión o acción de que tratan no hayan generado o empeorado la situación de insolvencia, permiten presumir dicha generación o empeoramiento debido a la falta de diligencia del administrador, sin necesidad de acreditar la relación de causalidad<sup>1223</sup>. En el mismo sentido, la AP de Barcelona ha considerado que la mera realización de las conductas descritas como presunciones relativas permite calificar culpable al concurso, no siendo necesario acreditar que hayan generado o agravado la insolvencia. En esta posición, sólo es posible eludir la calificación culpable del concurso, acreditando que no existió dolo o culpa grave. La cuestión que no es sencilla, puesto que el tipo de conducta prevista en las normas en análisis supone un incumplimiento de deberes legales básicos de cualquier administrador. De modo que, en esta posición, la exculpación habrá de requerir la acreditación de un accidente, enfermedad grave o imposibilidad física, que puedan justificar el incumplimiento<sup>1224</sup>.

---

<sup>1223</sup> CÁMARA ÁGUILA, «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2 (2004), p. 1764; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, pp. 143-145; MORALES BARCELÓ, op. cit., pp. 147 y 468; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 28; VERDÚ CAÑETE, op. cit., p. 237.

<sup>1224</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 31/10/2009 (ROJ 2010\ 78605) ponente SANCHO GARGALLO. También: SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 27/3/2009 (ROJ 2009\411331) y de 17/3/2009 (AC 2009\513). En el mismo sentido han dictaminado algunos JJMM: SSJMM n° 10 de Santander de 19/12/2007 (JUR 2008\357084); n° 1 de Madrid, de 16/1/2007 (AC 2007\857); n° 4 de Barcelona n° 284 de 11/12/2006 (AC 2007\439).

## 2. Análisis individual de las presunciones relativas de culpabilidad

### *a. Omisión de solicitar la declaración del concurso*

En el n° 1 del art. 165 de la LCE y del art. 194 de la LC, se establece como presunción relativa de dolo o culpa grave, la *omisión de solicitar la declaración del concurso*<sup>1225</sup>.

El deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 LCE) o dentro de los treinta días siguientes al conocimiento real o debido de dicha situación (art. 10 LC)<sup>1226</sup>. Según ya se señaló al reseñar las funciones de los administradores, el art. 5 bis - añadido por la Ley 38/2011 - faculta a que, dentro del plazo referido, se ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso, que se ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En este caso, transcurridos tres meses de la

---

<sup>1225</sup> Se ha estimado que no existe obstáculo para calificar el concurso como culpable ni para enjuiciar a la luz de la LCE, actuaciones de los afectados por la calificación concursal, anteriores a su entrada en vigor, siempre que ellas estuvieran previstas en la legislación derogada y que la sanción prevista en la nueva normativa no sea más grave (SAP de Madrid, Sec. 28, de 24/9/2007, *JUR* 2007\95242 y, en el mismo sentido SAP de Barcelona, Sec. 15, de 19/3/2007, *ADCo* n° 12, pp. 442-450). En cambio, provoca cuestionamientos, la imputación de culpabilidad por la demora en el deber de presentar la solicitud de declaración de concurso, puesto que la anterior legislación, no determinaba, en ningún sentido, la calificación de la quiebra (SAP de Madrid, Sec. 28, de 18/11/2008, *ADCo*, n° 17, 2009-2, pp. 547 y 548).

<sup>1226</sup> Art. 10 LC: «(Obligación de solicitar el concurso). El deudor tendrá la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En el caso de las personas jurídicas, la obligación recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

*En el caso de las personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que dicho conocimiento se produjo en la fecha en que preparó o debió haber preparado estados contables.»*

comunicación, se deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que para entonces no se encontrara en estado de insolvencia.

Fuera de este marco, la jurisprudencia ha reiterado que la obligación de denuncia de la cesación de pagos no se ve detraída por la circunstancia de encontrarse pendiente tratativas de arreglos con acreedores<sup>1227</sup>. En especial, se ha considerado indiferente que el administrador de la deudora tuviera en curso negociaciones con sus acreedores, cuando del informe de la administración concursal surge que la insolvencia se había producido y agravado antes de solicitar el concurso<sup>1228</sup>. Así mismo, la jurisprudencia ha considerado que el deudor debe razonablemente conocer su insolvencia por cualquier medio, independientemente de los estados patrimoniales<sup>1229</sup>.

Tratándose de una presunción simple, se admite que el imputado pruebe la inexistencia de dolo o culpa grave. El incumplimiento puede haberse debido a otros factores ajenos a dichos elementos intencionales o imprudentes. Si la presunción de culpabilidad no es destruida por el deudor, su concurso merecerá la calificación de culpable<sup>1230</sup>.

Con esta presunción, lo que la norma realiza es una inversión en la carga de la prueba, puesto que sospecha que tras la demora o la absoluta omisión en el cumplimiento del deber de solicitar oportunamente el concurso, se esconde una

---

<sup>1227</sup> STAC de 2° t., n° 272, de 24/10/2012 (SJM) ponente TABARÉ SOSA.

<sup>1228</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 81 de 9/3/2012 (JUR 2012/209004) ponente GARCÍA GARCÍA.

<sup>1229</sup> STAC de 2° t., de 20/11/2013 ponente PÉREZ BRIGNANI.

<sup>1230</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 1311 de 28/8/2013 (ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI): «En cuanto al hecho de haber incumplido la concursada con su obligación de solicitar el concurso se trata de un supuesto de incumplimiento de la obligación impuesta al deudor por el artículo 10 de la ley, norma que se vincula a la denominada en sede doctrinaria alerta temprana, y configura uno de los principios rectores contenidos en la exposición de motivos de la ley concursal. Este incumplimiento es castigado por el legislador como una presunción relativa de culpa grave que en el ocurrente no ha sido destruida.»

hipótesis de *wrongful trading*<sup>1231</sup>. Entonces, acreditada la omisión del deudor en el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, le corresponderá a él probar que aquella no agravó la insolvencia.

Por último, la presunción en análisis obliga a plantearse la cuestión de la competencia de los administradores para solicitar el concurso de acuerdo con lo dispuesto por el art. 262.2 de la LSA y su reconsideración en función del texto adoptado por el art. 365 de la LSCE. Nos remitimos a lo expuesto al analizar la responsabilidad societaria por las obligaciones sociales.

En la jurisprudencia española y uruguaya la omisión de solicitar el concurso se ha considerado configurada en casos como los siguientes:

- por haber la concursada omitido solicitar su concurso y éste haberse declarado como necesario<sup>1232</sup>;
- cuando desde el año anterior a la solicitud de concurso la deudora ya manifestaba inconvenientes y complicaciones para cumplir con sus

---

<sup>1231</sup> De acuerdo con la sección 214 de la IA 1986, el liquidador de una sociedad insolvente puede promover una acción contra quien fuera director de la sociedad y cuya impericia haya provocado una pérdida a los acreedores (*wrongful trading*). La responsabilidad concursal de los administradores se fundamenta, siempre que estos hayan *continuado la actividad social en circunstancias en las cuales un ordenado administrador hubiera sabido que no existían posibilidades de evitar la apertura de un procedimiento concursal*. Se consideran que incurren en *wrongful trading* aquellos administradores que, estando enterados razonablemente de las perspectivas de la compañía y pudiendo evitar la liquidación, no hayan «*hecho todo lo posible para minimizar la pérdida potencial para los acreedores de la sociedad*» (RAJAK, «Corporate insolvency law in the United Kingdom...», pp. 805 y 806). En este caso, es innecesario acreditar la deshonestidad del administrador. La imprudencia o la mera impericia son suficientes. Una vez verificado el *wrongful trading*, la Corte podrá declarar la responsabilidad personal del administrador por las deudas sociales (NOONAN, «The nature of shadow directorship...», p. 806).

<sup>1232</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n.º 1278 de 20/6/2014, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

compromisos y la cesación de pagos se postergaba mediante el libramiento de cheques de pago diferido<sup>1233</sup>;

- cuando se solicitó el concurso dentro del plazo legal si se toma en cuenta el cierre del ejercicio, pero tardíamente si se considera que el plazo corre desde el conocimiento de la insolvencia por parte del deudor (presumible por el acaecimiento de alguno de los hechos que, según el art. 2 de la LCE, pueden servir de fundamento a la solicitud de concurso)<sup>1234</sup>;

- cuando por la omisión de solicitar oportunamente el concurso, imputable tanto al administrador de derecho como de hecho, se agravó la insolvencia en 295 mil euros (equivalentes al 25 % del pasivo), en su mayor parte por el incremento de las deudas con la Tesorería de la Seguridad Social y Hacienda<sup>1235</sup>;

- cuando ante la dada de baja a la totalidad de la plantilla de trabajadores debió asumirse la insolvencia y solicitar el concurso dentro del plazo legal<sup>1236</sup>;

- cuando, habiendo retraso en la solicitud de concurso, tres días antes de presentar dicha solicitud se despidió a todos los trabajadores que integraban la plantilla, en lugar de esperar a que la solicitud de resolución de los contratos se hiciera dentro del concurso, a través de las normas de los expedientes colectivos de regulación de empleo, con importantes consecuencias para la masa activa, que se vio notablemente incrementada al

---

<sup>1233</sup> SJLC de 2º t., nº 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1234</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, nº 219 de 22/5/2013 (*JUR* 2013/341789) ponente RIBELLES ARELLANO.

<sup>1235</sup> SAP de A Coruña, nº 41 de 7/2/2013 (*AC* 2013\906) ponente FUENTES CANDELAS.

<sup>1236</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, nº 34 de 22/1/2013 (*AC* 2013/881) ponente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

haber sido posteriormente declarado improcedente el despido y haber tenido que afrontar el pago de indemnizaciones<sup>1237</sup>;

- cuando la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución durante los cuatro años anteriores a la solicitud de concurso<sup>1238</sup>;
- cuando la concursada solicitó tardíamente su concurso, a pesar de que su administrador alegara ausencia de dolo o culpa grave, aportando prueba de encontrarse afectado por una depresión grave<sup>1239</sup>;
- cuando el retraso en la solicitud de concurso se refleja contablemente en la disminución de los fondos propios<sup>1240</sup>;
- cuando el retraso en la solicitud provocó un aumento evitable del déficit<sup>1241</sup>.

En cambio, la presunción no se ha considerado configurada en los siguientes casos:

- cuando aun existiendo causal de disolución por desbalance patrimonial, no existía insolvencia en los términos en que ésta es definida por la legislación concursal (imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles)<sup>1242</sup>;
- si el agravamiento de la insolvencia no era evitable con la declaración de concurso<sup>1243</sup>;

---

<sup>1237</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 155 de 24/4/2012 (AC 2012/961) ponente GARNICA MARTÍN.

<sup>1238</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (JUR 2012/43817) ponente SENDINO ARENAS.

<sup>1239</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 266 de 16/6/2011 (JUR 2011/362207) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>1240</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 3/12/2010 (JUR 2011\63253) ponente GARCÍA GARCÍA.

<sup>1241</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 203 de 10/9/2010 (JUR 2010\387162; ADCo 2011 -2, pp. 3901 y 391) ponente GÓMEZ SÁNCHEZ.

<sup>1242</sup> STS n° 122 de 1/4/2014 (ROJ 1368\2014) ponente SARAZA JIMENA.

<sup>1243</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

- si la demora se debe a los esfuerzos desplegados por el administrador para la supervivencia de la sociedad, existiendo posibilidades razonables de recuperación de la empresa social, de acuerdo con el juicio de un administrador diligente<sup>1244</sup>;
- si no se acreditó la contribución causal entre la omisión y el agravamiento del estado de insolvencia<sup>1245</sup>.

---

<sup>1244</sup> SJM n° 1 de Las Palmas de Gran Canaria, n° 136 de 18/7/2011 (AC 2011\1550) ponente ALEMANY EGUIDAZU. En esta sentencia se consideró que no estaba configurada la presunción de culpabilidad del concurso por incumplimiento del deber de pedir la declaración de concurso o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable, quien despliega esfuerzos razonables para la supervivencia de la sociedad. Se ha entendido que, tanto en el momento pre concursal como en el previo a la liquidación, el reproche o la sanción debe hacerse depender de que no existieran posibilidades razonables de recuperación de la empresa social, de acuerdo con el juicio de un administrador diligente. De manera que hay una suerte de *business judgment rule* a favor de los administradores sociales respecto a las perspectivas de reflotamiento.

<sup>1245</sup> SSAP de Madrid, Sec. 28, n° 206 de 17/9/2010 (JUR 2010\386786) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ y n° 203 de 10/9/2010 (JUR 2010\387162) ponente GÓMEZ SÁNCHEZ. En esta jurisprudencia se ha mantenido el entendimiento de que, en determinados casos puestos a su consideración, no podía sin más afirmarse que la demora de dos o tres meses en la formulación de la solicitud de concurso hubiera sido capaz de producir el agravamiento del estado de insolvencia. Para que se produzca agravación en la situación patrimonial del deudor no basta con que este contraiga nuevas deudas sino que es necesario que tales deudas aumenten el déficit, resultado adverso que no forzosamente ha de producirse, si se tiene en cuenta que es perfectamente posible que el contravalor de las nuevas deudas esté representado por mercancías o, en general, por prestaciones que el deudor haya sido capaz de trasladar al mercado con ganancia o, al menos, sin pérdida alguna. En definitiva, se recuerda en la jurisprudencia referida, que lo único que cubre la presunción de culpabilidad deriva de la configuración de una presunción relativa, es la dimensión subjetiva del comportamiento enjuiciado, esto es, el dolo o la culpa grave, pero siempre y cuando quien formule la pretensión de calificación haya probado la contribución causal de la conducta en relación con el estado de insolvencia.

***b. Incumplimiento del deber de colaboración e incomparecencia a la junta de acreedores***

En el n° 2 del art. 165 de la LCE y en el n° 2 del art. 194 de la LC, se establece como presunción de la existencia de dolo o culpa grave, el *incumplimiento del deber de colaboración* con el juez del concurso y la administración concursal. En especial, ambas normas se refieren a la omisión en facilitar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso y a la inasistencia a la junta de acreedores<sup>1246</sup>.

El deber de colaboración o cooperación referido en la segunda presunción de las normas en análisis, está legalmente descrito en los arts. 42 de la LCE y 53 de la LC. En ambas disposiciones se le impone al deudor no sólo un deber pasivo de sometimiento a los requerimientos del juzgado y de la administración concursal, sino, también, activo, de informar cuanto resulte trascendente<sup>1247</sup>.

En la jurisprudencia uruguaya y española se consideró configurado el incumplimiento del deber de colaboración en los casos siguientes:

- En caso de no haber proveído a la sindicatura sus libros, ni información contable alguna. Tampoco asistió el administrador a la junta de acreedores, ni compareció en instancia alguna del proceso concursal<sup>1248</sup>.
- En una sentencia se presumió *iuris tantum* la culpa grave de los administradores de la sociedad concursada, tanto de quien lo era de derecho, como de quien lo era de hecho, en aplicación de la norma del ordinal segundo del art. 165, en relación con la del art. 42 de la LCE, por no haber cumplido, ninguno de los dos, el deber de informar a los

---

<sup>1246</sup> La LCE, al referirse a la asistencia a la junta de acreedores, establece la posibilidad de que se asista por medio de apoderado. La LC no incluye esta previsión, pese a lo cual entendemos que, viéndose impedido de asistir, el deudor podría hacerse representar por apoderado, en aplicación de las normas generales en materia procesal.

<sup>1247</sup> SAP de Pontevedra de 7/3/2011 (AC 2011\989).

<sup>1248</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 1278 de 20/6/2014, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

órganos del concurso de un dato considerado conveniente para el interés de éste<sup>1249</sup>.

Alguna jurisprudencia española advierte que la conducta descrita en el n° 2 del art. 165 de la LCE, no puede haber incidido en la generación o agravación de la insolvencia antes de la declaración del concurso, en tanto se desarrolla siempre después de esta declaración<sup>1250</sup>. En el posicionamiento jurisprudencial adoptado por el TS en cuanto a la necesidad de acreditar la relación causal entre la omisión de colaborar y el agravamiento de la insolvencia, sólo puede estar referida a situaciones post concursales en que se generen créditos contra la masa que, de haber estado sujetos al control de la administración concursal, no se habrían producido o se hubieran minimizado. La generación de la insolvencia, por definición, queda fuera de análisis<sup>1251</sup>.

### ***c. Incumplimientos relacionados con la llevanza de la contabilidad***

En el n° 3 del art. 165 de la LCE y del art. 194 de la LC, se prevé como presunción relativa de culpabilidad del concurso, el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la contabilidad. La LC formula la referencia a esta omisión en términos amplios, como incumplimiento de la «*obligación de preparar, en tiempo y forma, los estados contables, estando legalmente obligado a ello*». La LCE es más minuciosa, refiriéndose concretamente a los casos en que no se cumpla con la «*llevanza de la contabilidad*», que no se hubiera «*formulado las cuentas anuales*», que se haya omitido su «*sometimiento a auditoría*» cuando debiera hacerlo y a la omisión de su «*deposito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso*».

---

<sup>1249</sup> STS n° 56, de 23/2/2011 (RJ 2475); SAP de Palma de Mallorca de 21/5/2007.

<sup>1250</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 31/10/2009 (ROJ 2010\78605); 27/3/ 2009 (ROJ 2009\411331) y 17/3/2009 (AC 2009\513); SJM 5 de Madrid de 16/2/2006 (AC 2006\238; ADCo 8, 2006, p. 478, LL 18.060/2006).

<sup>1251</sup> SJM n° 6 de Pontevedra, 25/5/2012 (AC 2012\381).

En cualquiera de las formulaciones de esta presunción de culpabilidad, las legislaciones en análisis revalorizan la teneduría regular de libros contra la tendencia a prescindir de una contabilidad llevada de acuerdo con las exigencias legales al menos respecto a aquellos sujetos a los que la administración tributaria no se los exige<sup>1252</sup>. Justamente, la jurisprudencia uruguaya se ha ocupado de puntualizar la inadmisibilidad de argumentaciones que aluden a una costumbre de no llevar regularmente la contabilidad<sup>1253</sup>.

La conducta en análisis, difícilmente pueda tener una relación causal con la generación o agravación de la insolvencia, por lo que, aunque permita presumir el dolo o la culpa grave, en la postura asumida por alguna jurisprudencia, nunca

---

<sup>1252</sup> En la práctica uruguaya existe una creencia bastante difundida de que la obligación de llevar contabilidad sólo le atañe a las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, fondos de inversión cerrados de crédito, fideicomisos (con excepción de los de garantía), además de los establecimientos permanentes de entidades no residentes en la República y los entes autónomos y servicios descentralizados que integren el dominio industrial y comercial del Estado. Las demás sociedades comerciales, según esta suposición, incluidas las de responsabilidad limitada, estarían exentas de la obligación de llevar *contabilidad suficiente*, si sus ingresos no superan en el ejercicio anterior los 4.000.000 de unidades indexadas (aproximadamente 377.000 euros). La confusión la generó la Resolución n° 1139 de 1/10/2007 de la Dirección General Impositiva (DGI) que establece que, a los efectos del impuesto a la renta de las actividades económicas, la obligación de liquidar el tributo sobre una *contabilidad suficiente* sólo recae sobre los sujetos y patrimonios referidos en primer término. De modo que, diversos operadores consideran que, si la DGI no exige contabilidad a determinadas sociedades, ya no existe la obligación de llevar libros de comercio en forma. A su vez, corresponde señalar que no existe definición legal ni reglamentaria de *contabilidad suficiente*. En general, se admite que se considera como tal al conjunto de registros y elementos contables y administrativos respaldados por la correspondiente documentación y organizados y llevados de tal manera que permitan obtener una información razonable fehaciente y fácil de controlar, sobre las operaciones del sujeto pasivo.

<sup>1253</sup> STAC de 2° t., n° 272, de 24/10/2012 (S/N) ponente TABARÉ SOSA.

habría de culminar en una condena a los administradores por el déficit concursal<sup>1254</sup>.

Parece evidente, en este caso incluso más que en los analizados previamente, que esta interpretación jurisprudencial desactiva, en los hechos, la eficacia de las presunciones establecidas en el art. 165 de la LCE. A nuestro entender las presunciones del art. 165 no tienen por qué vincularse causalmente con los incumplimientos referidos en este artículo. Una vez configurada la presunción, se invierte la carga de la prueba y le corresponderá a los sujetos afectados por la calificación, la prueba de que la generación o agravación de la insolvencia – sea por la causa que fuere – no les es imputable o, al menos, no lo es a título de dolo o culpa grave.

Otra particularidad de esta presunción es que difícilmente pueda ser aplicada a los administradores de hecho. De regla, el deber de teneduría regular recae sobre los administradores de derecho. La jurisprudencia ha entendido que no está al alcance del administrador de hecho la presentación de las cuentas para su aprobación por la junta general, cuya regular convocatoria está reservada al administrador de derecho<sup>1255</sup>. Asimismo, en jurisprudencia reciente se ha excluido la atribución de responsabilidad a quien administra de hecho, si éste no tenía su cargo la presentación de las cuentas anuales<sup>1256</sup>.

Sin embargo, jurisprudencia también reciente ha considerado que si el administrador de derecho es una persona interpuesta del administrador oculto, la infracción de deberes especiales debe atribuirse, también, a éste, porque la legislación concursal evita el fraude a la Ley y la elusión de la responsabilidad al extender al administrador de hecho la condición de persona afectada por la

---

<sup>1254</sup> SJM 6 de Pontevedra, 25/5/2012 (AC 2012\381).

<sup>1255</sup> STS n° 721 de 4/12/2012 (RJ 2013\2405), ponente GIMENO-BAYÓN CO-BOS.

<sup>1256</sup> SAP de Murcia, Sec. 4ª, n° 325 de 16/5/2013 (AC 2013\147) ponente CARRILLO VINADER.

calificación sin distinguir entre los supuestos de concurso culpable<sup>1257</sup>. Tampoco sería descartable que por un reparto de papeles, el deber infringido se hubiera producido exclusivamente en la esfera del administrador de hecho. Para apreciar la responsabilidad del administrador de hecho, en ese caso, entiende la jurisprudencia que habría que acreditar un desplazamiento de la capacidad de decisión en materia contable de los administradores de derecho a los de hecho<sup>1258</sup>.

***d. Negativa a capitalizar créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación***

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, añadió un numeral cuarto al art. 165 de la LCE, donde se establece una nueva presunción relativa de dolo o culpa grave. Esta presunción alcanza a quienes se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el art. 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

De acuerdo con lo que establece la norma en análisis, en todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad

---

<sup>1257</sup> SJM n° 3 de Madrid, de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1258</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 123 de 29/6/2009 (AC 2009\1765) ponente VELA TORRES.

que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. La norma establece, también, que en cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o por las entidades que se acaban de referir.

Esta presunción permite extender la calificación culpable a los socios, tal como coherentemente se prevé en la nueva redacción del art. 172.2.2° de la LCE. De acuerdo con lo que se establece, también, en esta disposición, la presunción en análisis no es aplicable a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios.

### **3. Exigibilidad de la acreditación del nexo causal cuando se verifica una presunción relativa de culpabilidad**

Si la culpabilidad concursal es determinada en función de la regla general establecida en el art. 164.1 de la LCE o del art. 192 de la LC, es claro que debe acreditarse el nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culpable y la generación o agrava-ción de la insolvencia. El tema en análisis se vuelve controversial si la culpabilidad que se atribuye se funda en las presunciones relativas previstas en el art. 165 de la LCE, equivalente al art. 194 de la LC.

El TS ha sustentado que corresponde exigir la acreditación del nexo causal. Así lo hizo en las sentencias de 6 de octubre de 2011 y de 17 de noviembre de 2011, en que se sostiene que las presunciones contenidas en el art. 165 de la LCE no establecen un tercer tipo de imputación, distinto a los dos que resultan del art. 164, sino que constituyen una concreción del establecido en el art. 164.1, conforme al cual el concurso se calificará culpable cuando en la generación o agravamiento de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave. Las conductas previstas en el art. 165, n° 1, no constituirían, entonces, otra cosa que una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, que no exonera de la exigencia

del requisito de que la conducta imputada sea causal desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia<sup>1259</sup>.

No obstante la terminante jurisprudencia del TS, la jurisprudencia de las AAPP y JJMM no es unánime. Así, por ejemplo, salvando el intervalo en el que la jurisprudencia de la AP de Barcelona se ajustó al criterio del TS, la jurisprudencia más reciente de la AP de Barcelona ha vuelto a su postura inicial en orden a la valoración del nexo causal<sup>1260</sup>. En este sentido, se entiende que no es necesario para que opere la presunción, que se acredite que el retraso en la solicitud de concurso haya generado o agravado la insolvencia, en atención a que las conductas que el precepto describe, mayormente, no tienen aptitud para incidir en la generación o agravación de la insolvencia. No obstante, esta interpretación no descarta que si la conducta que motiva la calificación culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida

---

<sup>1259</sup> SSTS n° 614 de 17/11/2011 (SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (*JUR* 2011\83082, *RJ* 2012\3368) y n° 644 de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084), ponentes (respectivamente) CORBAL FERNÁNDEZ y FERRÁNDIZ GABRIEL.

En el mismo sentido hay pronunciamientos de AAPP y JJM. Así, por ejemplo, este criterio fue mantenido por la AP de Barcelona, a partir de la sentencia n° 18 de 25/1/2012 (*AC* 2012/629) y reiterado en la SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 155 de 24/4/2012 (*AC* 2012/961), en ambas actuando como ponente GARNICA MARTÍN. También, adhieren a este criterio las SSAAPP de A Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n° 41 de 7/2/2013 (*AC* 2013\906) ponente FUENTES CANDELAS, de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 2/12/2010 (*AC* 2011\1861) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ y de Córdoba n° 57 de 28/3/2008 (*JUR* 2008/213841) ponente VELA TORRES.

En cuanto a sentencias recientes de los JJM véase, por ejemplo, la SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (*AC* 2013\1837) ponente BLANCO SARALEGUÍ y las SSJM n° 3 de Pontevedra, de 10/6/2011 (*AC* 2011\1377) y 8/6/2011 (*JUR* 2011\283984) en ambas ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1260</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 266 de 16/6/2011 (*JUR* 2011/362207) ponente SANCHO GARGALLO.

correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance<sup>1261</sup>.

A su vez, también a vía de ejemplo, la jurisprudencia del JM n° 1 de Madrid también ha fluctuado entre una y otra posición. En una sentencia del JM n° 1 de Madrid se sostuvo que la verificación de las presunciones relativas no exime de la prueba del nexo causal<sup>1262</sup>. Lo mismo ha sido sustentado en una sentencia reciente del JM n° 3 de Madrid<sup>1263</sup>. En cambio, el JM n° 6 de Madrid ha considerado que en el caso de las presunciones del art. 165 de la LCE no es necesario acreditar la relación de causalidad<sup>1264</sup>.

Esta cuestión se ha suscitado, en particular, en torno a la presunción relativa derivada del incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso (arts. 165-1° LCE y 194-1° LC). Según alguna jurisprudencia ha advertido, no resulta posible – por definición – hallar relación de causalidad alguna entre la conducta prevista en esa presunción y la *generación o producción* del estado de insolvencia, si se tiene en cuenta que la previa afirmación de tal estado constituye el presupuesto implícito de la conducta omisa. La omisión a que nos estamos refiriendo sólo podría provocar, eventualmente, un agravamiento de la insolvencia<sup>1265</sup>.

Sin embargo, buena parte de la jurisprudencia considera que la declaración de culpabilidad concursal no puede basarse meramente en la acreditación de que el deudor ha procedido a presentar el concurso tardíamente. Se requeriría,

---

<sup>1261</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 219 de 22/5/2013 (*JUR* 2013/341789) ponente RIBELLES ARELLANO.

<sup>1262</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>1263</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1264</sup> SJM n° 6 de Madrid, de 30/6/2011 (AC 2011\2073)

<sup>1265</sup> SJM n° 3 de Pontevedra, de 25/5/2012 (AC\2012\381); SAP de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 2/12/2010 (AC 2011\1861) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ.

además, que se demuestre la existencia de vínculo causal entre la presentación tardía y la generación o agravación de la insolvencia<sup>1266</sup>. Recién una vez probada la infracción normativa y el vínculo causal con el agravamiento de la insolvencia, los arts. 165 de la LCE y 193 de la LC habilitan la presunción del dolo o la culpa grave en el deudor o sus representantes legales<sup>1267</sup>.

### C. Supuestos legales de culpabilidad

Con cierta reminiscencia a la máxima *decoctor ergo fraudator*, los arts. 164.2 de la LCE y 193 de la LC acompañan a la cláusula general de una lista de supuestos, en los que «*en todo caso*» (LCE) o como «*presunción absoluta*» (LC), el concurso se calificará como culpable. Se trata de los supuestos siguientes: la falta de rigor, incumplimiento sustancial, inexactitud grave o falsedad en los registros contables; el incumplimiento del convenio; el alzamiento de bienes; el entorpecimiento de embargos; la distracción de bienes o derechos, y la simulación patrimonial<sup>1268</sup>. En el n° 2 del art. 193 de la LC se incluye un supuesto de

---

<sup>1266</sup> STS de 17/11/2011 (RJ 2012\3368). SSAAPP de A Coruña, Sec. 4ª, n° 41 de 7/2/2013 (AC 2013\906) ponente FUENTES CANDELAS, de Barcelona, Sec. 15, n° 155 de 24/4/2012 (AC 2012\961) ponente GARNICA MARTÍN; de Madrid, Sec. 28, de 9/3/2012 (JUR 2012/209004). SSJJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU y n° 6 de Vigo (Provincia de Pontevedra), n° 69 de 25/5/2012 (AC 2012\381) ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1267</sup> SJM n° 6 de Pontevedra, n° 69 de 25/5/2012 (AC 2012\381).

<sup>1268</sup> El art. 126.A, n°2 de la LCP enumera una serie de supuestos en los que deberá entenderse que ha habido una contribución significativa del administrador al estado de insolvencia. Esos supuestos, en general, están vinculados al concepto de *representante leal* como criterio de diligencia de los administrado-res. Así, por ejemplo, «*se entiende que han contribuido de manera significativa a la insolvencia de la sociedad o persona colectiva, los gerentes, administradores, directores u otras personas que, de hecho, dirijan siempre que hayan (...) destruido, inutilizado o hecho desaparecer en todo o en parte considerable el patrimonio social (...) ocultado o disimulado el activo social (...) creado o agravado artificialmente pasivos o reducido lucros, haciendo que la empresa celebre negocios ruinosos directamente com ellos o persona interpuesta o com outra persona que tenga intereses directos o indirectos*

culpabilidad que no está previsto en la legislación española: la infracapitalización del deudor.

## 1. Análisis individual de los supuestos de culpabilidad

### *a. Supuestos vinculados con incumplimientos, irregularidades o falsedad en la contabilidad*

Para el caso en que el deudor estuviere legalmente obligado a llevar libros, el art. 164.2-1º de la LCE, prevé que el concurso se debe calificar como culpable, en todo caso, si se verifica cual-quiera de estos tres supuestos<sup>1269</sup>: incumplimiento sustancial en la obligación de llevar contabilidad; llevar «*doble contabilidad*»; haber cometido alguna «*irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*».

Por su parte, el art. 193-4º de la LC establece que, estando el deudor legalmente obligado a llevar contabilidad<sup>1270</sup>, el concurso se debe calificar como

---

*(...) comprado mercancías a crédito, revendiéndolas o entregándolas em pago por precio notablemente inferior al corriente antes de haber satisfecho su obligación (...) dispuesto de los bienes de la persona colectiva en provecho personal o de terceros (...) ejercido bajo la cobertura de la personalidad colectiva de la empresa, una actividad en provecho personal o de tercero en perjuicio de la empresa (...) hecho de los bienes de la sociedad o la persona colectiva, un uso contrario a los intereses de ésta en provecho personal o de tercero, para favorecer otra empresa en la que tengan intereses directos o indirectos (...) continuado en interés personal o de terceros una explotación deficitaria, no obstante saber o deber saber que ésta conduciría con grandes probabilidades a una situación de insolvencia (...) mantenido una contabilidad ficticia o hecho desaparecer documentos contables de la persona colectiva o deliberadamente haber omitido la organización de toda contabilidad.»*

<sup>1269</sup> STS nº 644, de 6/10/2011 (RJ 2012\1984); SAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (ADCo 2011-2, pp. 392-394); SAP de Barcelona de 19/3/2007 (JUR 2007\272870); SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

<sup>1270</sup> Están obligados llevar contabilidad en forma regular los comerciantes, tanto los individuales como las personas jurídicas comerciantes, sean sociedades comerciales o cooperativas (RIPPE KÁISER, «Los libros de comercio en la legislación social y procesal»,

culpable en los supuestos siguientes: cuando no hubiera llevado contabilidad «*de ninguna clase*»; cuando hubiere llevado doble contabilidad; o cuando hubiere cometido falsedad en la contabilidad<sup>1271</sup>.

Estos supuestos de culpabilidad encuentran su fundamento en que la existencia de incumplimientos o irregularidades en la teneduría de libros limita de forma ostensible la información necesaria para conocer la situación patrimonial de la sociedad<sup>1272</sup> y provoca una imagen distorsionada de la misma<sup>1273</sup>. La propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de *opacidad* que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave y de la relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia<sup>1274</sup>.

---

*RJud*, n° 34 (1992), p. 76). También, tienen obligación de llevar libros, ciertos agentes auxiliares del comercio, como los corredores, rematadores transportistas, barraqueros y despachantes de aduanas. Por exigencias de la administración tributaria, la carga de llevar libros se extiende a *pequeños contribuyentes*, aunque no sean comerciantes (MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal...*, 2ª ed. (2012), pp. 162 y 163).

<sup>1271</sup> El art. 55 del CCom uruguayo establece que los libros que los comerciantes deben tener indispensablemente, son los siguientes: libro diario, libro inventario y libro de correspondencia. A las sociedades comerciales se les aplica el estatuto del comerciante. Por lo tanto, para las sociedades comerciales los libros de contabilidad obligatorios son los mismos que para el comerciante individual y deben llevar libros en la forma dispuesta por el CCom uruguayo. La LSC, en las normas de la Sección X sobre documentación y contabilidad, fundamentalmente, se refiere al inventario y al balance que se deben formular anualmente, conteniendo normas precisas sobre su contenido. Se establece que es obligación de los administradores de la sociedad, elaborar esos documentos, sin perjuicio de otros documentos que han de poner a consideración de los socios o accionistas de la sociedad.

<sup>1272</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1273</sup> SJM n° 1 de Alicante, n° 11 de 13/1/2011 (AC 2011\37) ponente FUENTES DEVESA.

<sup>1274</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 51 de 6/3/2009 (*JUR* 2009\236331) ponente GARCÍA GARCÍA.

El hecho de que exista otro administrador no exime al afectado por la calificación de la obligación de llevar regularmente la contabilidad, ya que igualmente le incumbe el deber de subsanar la falta de aquél<sup>1275</sup>.

El primero de los supuestos de la LCE, esto es, el *incumplimiento sustancial del deber de llevar contabilidad* ha tenido una diferente consideración en la jurisprudencia española. En la doctrina de los tribunales provinciales, si bien se encuentran resoluciones de las que parece deducirse cierto automatismo entre la te-  
neduría irregular y la culpabilidad del concurso<sup>1276</sup>, la tesis más matizada es que la omisión de los libros obligatorios es una irregularidad formal que puede o no ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera<sup>1277</sup>.

En la jurisprudencia española, concretamente, se ha entendido que se *incumple sustancialmente con la obligación de llevar contabilidad*, en los casos siguientes: falta de contabilidad<sup>1278</sup>; omisión en realizar los inventarios y balances durante tres ejercicios, faltando además la transcripción de las cuentas anuales e inventarios en los libros respectivos<sup>1279</sup>; omisión de un libro de existencias<sup>1280</sup>;

---

<sup>1275</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 203 de 10/9/2010 (AC 2011\2; JUR 2010\387162) ponente GÓMEZ SÁNCHEZ.

<sup>1276</sup> SAP de Jaen, Sec. 1ª, n° 189 de 25/9/2009 (AC 2009\2049), ponente PÉREZ ESPINO; SAP de Alicante, Sec. 8ª, n° 37 de 27/1/2009 (JUR 2009\192847) ponente SOLER PASCUAL.

<sup>1277</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 478 de 18/12/2009 (JUR 2009\143790) ponente BOET SERRA; SAP de Madrid, Sec. 28, n° 62 de 24/3/2009 (AC 2009\771) ponente SARAZA JIMENA; SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1278</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 478 de 18 de diciembre (JUR 2009\ 143790) ponente: BOET SERRA. En la sentencia se recordó que todo em-  
presario debe llevar la contabilidad ordenada por la Ley (arts. 25 y 25 CCom español) y que está obligado a formular las cuentas anuales de su empresa con claridad, de modo de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados (art. 34 CCom). Se recordó, además, que este deber se aplica con mayor rigor, si cabe, en materia de sociedades.

<sup>1279</sup> SAP de Alicante, Sec. 8ª, n° 37 de 27/1/2009 (JUR 2009\192847) ponente SOLER PASCUAL.

comenzar un libro diario de un determinado ejercicio por la página diez<sup>1281</sup>; omisión en la legalización de los libros contables y de actas, a lo que se suma la falta de transcripción de los inventarios de cierre y memorias en el libro de balances<sup>1282</sup>.

A pesar de que en la LC el supuesto de culpabilidad sólo se configura si no se lleva contabilidad «*de ninguna clase*», la doctrina y jurisprudencia uruguaya no ha dudado en considerar que existe mérito para calificar un concurso como culpable si los libros no son llevados en forma, de acuerdo con las exigencias legales y las normas de contabilidad adecuadas<sup>1283</sup>.

En particular, de los casos en que se ha tenido en cuenta este supuesto de responsabilidad, de la jurisprudencia uruguaya pueden extraerse las conclusiones siguientes:

- que se considera configurada si no se proporcionan a la sindicatura los libros contables y la contabilidad era llevada sin respetarse los requisitos legales vigentes<sup>1284</sup>;
- que se tiene en especial consideración que la concursada sea una sociedad anónima y, por consiguiente, particularmente reglada en cuanto a la forma de llevar su contabilidad<sup>1285</sup>;

---

<sup>1280</sup> SAP de León, Sec. 1ª, de 20/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 395). Todo empresario tiene el deber de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios (art. 25 CCom español).

<sup>1281</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3, n° 57 de 28/3/2008 (*JUR* 2008\216841) ponente VELA TORRES.

<sup>1282</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (*JUR* 2010\389283) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>1283</sup> HEUER NOTAROBERTO y RODRÍGUEZ MASCARDI, op. cit., p. 297.

<sup>1284</sup> SJLC de 2° t., n° 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1285</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 1311 de 28/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI): «*En el ocurrente se trata de una sociedad anónima y por consiguiente estaba legalmente obligada a cumplir con las normas contables contenidas en la Ley 16.060 y decreto reglamentario por tratarse de un tipo*

- que el hecho de llevar la contabilidad mediante un programa informático, sin imprimirla ni inscribirla en el RNC, en la forma que establece la Ley, no libera a una sociedad anónima deudora de la presunción absoluta de culpabilidad prevista en el art. 193 n° 4 de la LC<sup>1286</sup>.

En cambio, la jurisprudencia española no ha considerado verificado este supuesto en los casos siguientes: falta de legalización de los libros contables, tomando en cuenta que en los informes de calificación no fue advertido esto como impedimento para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada<sup>1287</sup>; la legalización tardía de los libros, en especial por no constar que ello hubiera ocasionado perjuicio a terceros<sup>1288</sup>.

El segundo de los supuestos previsto tanto en la LCE como en la LC, la *llevarza de doble contabilidad*, es más raro de encontrar en la jurisprudencia, probablemente por las dificultades probatorias que supone su constatación. Sin embargo, aparece como la principal causa de calificación culpable en una reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia (JPI) de Lugo, donde se constató que la contabilidad oficial era una mera farsa y la existencia de una «*contabilidad B*»

---

*societario cuya contabilidad aparece particularmente reglada. 5) De autos resulta acreditado la inexistencia de contabilidad, El síndico en su informe advierte la falta de libros y en definitiva a juicio de esta decisora resulta un hecho no controvertido que no se cumplía en la empresa con la teneduría regular de libros ni las normas de contabilidad adecuada a una sociedad anónima. Todo lo cual a juicio de esta decisora encuadran los hechos denunciados en la presunción absoluta establecida en el 193.4.»*

<sup>1286</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI

<sup>1287</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 62 de 24/3/2009 (AC 2009\771) ponente SARAZA JIMENA. SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU. En esta última sentencia, el ponente expresó que si en los informes de calificación se hubiera afirmado que la falta de legalización de los libros contables impidió comprender la situación patrimonial, se habría desplazado la carga de la prueba a la concursada.

<sup>1288</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 478 de 18/12/2009 (JUR 2009\143790) ponente BOET SERRA.

fue admitida por los administradores. Sumada esta causa al desplazamiento de fondos de la sociedad a favor de los administradores, se les condenó a la cobertura del total del déficit concursal<sup>1289</sup>.

La interpretación del tercero de los supuestos previstos en el art. 164.2-1º de la LCE ha motivado diversos pronunciamientos en la jurisprudencia española. En particular, las consideraciones jurisprudenciales se han centrado en las dos condiciones que se deben dar acumulativamente para que se configure el supuesto: que exista una *irregularidad* y que la irregularidad sea *relevante* para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada. Alguna jurisprudencia ha considerado que existe una tercera condición: la *intencionalidad* de la acción u omisión del sujeto a quien se le imputa la irregularidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado<sup>1290</sup>.

El concepto de irregularidad remite directamente al de infracción. Hay irregularidad, a los efectos de la disposición en análisis, cuando existe incumplimiento de una norma contable previa y concretamente establecida, sea por acción o por omisión. La irregularidad integra un comportamiento contablemente ilícito y tal ilicitud deriva del desconocimiento de una regla que debe ser aplicada<sup>1291</sup>.

Si bien en la técnica contable cabe distinguir entre error e irregularidad, en tanto para la existencia de aquel, a diferencia de lo que sucede para la de éste, no es precisa la intención de ocultar información contable (dolo), la jurisprudencia minimizó la relevancia de esta precisión a la hora de determinar la culpabilidad

---

<sup>1289</sup> SJPI nº 2 de Lugo, nº 93 de 15/4/2013 (AC 2013\501) ponente GALVÁN GALLEGOS.

<sup>1290</sup> SAP de Guadalajara, Sec. 1ª, nº 63 de 5/3/2013 (JUR 2013\137805), ponente REGALADO VALDÉS; SAP de Alicante, Sec. 8ª, nº 282 de 30/6/2011 (JUR 2011\331777) ponente GARCÍA-CHAMÓN CERVERA.

<sup>1291</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)», *ADCo*, nº 27, p. 366.

del concurso. En este sentido, el TS dictaminó que «(...) *la distinción entre error e irregularidad (...) por razón de la intencionalidad (...) carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él*»<sup>1292</sup>. De modo que la jurisprudencia española entiende por irregularidad, en términos generales, cualquier desviación del cumplimiento estricto de las normas establecidas en la legislación mercantil para la teneduría regular<sup>1293</sup>.

No obstante, no cualquier irregularidad constituye un supuesto de culpabilidad concursal, sino que se exige alguna gravedad y que se vean afectadas directamente a las finalidades de claridad, rigor y precisión que derivan de las normas de contabilidad<sup>1294</sup>. Las irregularidades son relevantes – se ha dicho – cuando limitan de forma ostensible la información precisa para conocer la situación patrimonial o financiera de la sociedad<sup>1295</sup> y para valorar el actuar del concursado<sup>1296</sup>.

Alguna doctrina<sup>1297</sup> y jurisprudencia<sup>1298</sup> consideran que para que la irregularidad pueda ser considerada como relevante, se requiere que impida la

---

<sup>1292</sup> STS n° 994 de 16/1/2012 (ROJ 525\2012) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1293</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (JUR 2012\290040) ponente PÉREZ BENÍTEZ.

<sup>1294</sup> SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (AC 2013\1837) ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1295</sup> SJM n° 1 de Alicante, n° 11 de 13/1/2011 (AC 2011\37) ponente FUENTES DEVESA.

<sup>1296</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2004), p. 2527.

<sup>1297</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)», *ADCo*, n° 27, p. 366.

ponderación correcta de la situación patrimonial o financiera de la concursada. En nuestra opinión, el n° 1 del art. 164.2 de la LCE no exige que la irregularidad impida dicha comprensión, sino que sea *relevante* para ello, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. De modo que basta que la irregularidad afecte la debida comprensión de la situación patrimonial o financiera o, en términos generales la dificulte o distorsione (aunque no la impida), para que se verifique este presupuesto de culpabilidad.

Por último, según se adelantó, alguna doctrina considera que debe tratarse de actos u omisiones que concurran intencionadamente a la obstaculización a los terceros de un correcto entendimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad concursada<sup>1299</sup>. Sin embargo, concordamos con QUIJANO GONZÁLEZ en que esta exigencia no surge del n° 1 del art. 164.2. El texto legal ha cualificado la irregularidad con un elemento objetivo, como lo es la relevancia al fin indicado, y no con un elemento subjetivo de consciencia o de voluntad maliciosa. Una irregularidad irrelevante, aunque fuera dolosa o intencionada, no conduce a una calificación culpable del concurso. Sin embargo, una irregularidad objetivamente relevante, aunque no se pruebe la intencionalidad, debe conducir a tal calificación<sup>1300</sup>.

Se ha considerado como *irregularidades relevantes* para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del concursado, las siguientes:

- un apunte contable de 780.000 € correspondiente a *gastos excepcionales* carentes de cualquier justificación documental<sup>1301</sup>;

---

<sup>1298</sup> SAP de Baleares, Sec. 5ª, n° 151 de 21/4/2010 (*JUR* 2010\233142) ponente RAMÓN HOMAR.

<sup>1299</sup> MARRERO, «Responsabilidad de los administradores ante el concurso de acreedores», *Revista Know Tax & Legal*, abril-marzo 2008, pp. 2-4, descarg. de <http://194.224.54.182>.

<sup>1300</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad...», *ADCo*, n° 27, pp. 366 y 367.

<sup>1301</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 195 de 13/5/2013 (*JUR* 2013\221308) ponente RALLO AYEZCUREN.

- omisión de provisionar créditos incobrables con sociedades vinculadas, controladas o integrantes de un mismo grupo<sup>1302</sup>;
- omitir en la memoria información respecto de garantías otorgadas a una filial en el extranjero, que fue ejecutada por el acreedor con notable repercusión patrimonial sobre la concursada<sup>1303</sup> o a terceros por un importe superior a 4 millones de euros<sup>1304</sup>;
- incluir en la contabilidad obras en curso inexistentes, a instancias del administrador, que afectan un porcentaje del activo superior al 20 %, porque de

---

<sup>1302</sup> SAP de Salamanca, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 698 de 28/12/2012 (*JUR* 2013\35989); SAP de Madrid, Sec. 28, n° 203 de 17/6/2011 (*JUR* 2011/289858) y SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/6/2013 (*AC* 2013\1652). En estas sentencias, de haberse provisionado estos créditos, el importe del patrimonio neto hubiera dado números negativos. Siendo los administradores de las concursadas, también, administradores de las sociedades acreedores o perteneciendo éstas a un grupo del que la concursada era cabecera, tenían pleno conocimiento de la incobrabilidad de los créditos no provisionados. En alguno de los casos resultó acreditado que instruyeron expresamente al contable para que no provisionara los créditos. Este tipo de irregularidad fue considerada relevante por determinar un resultado final muy distinto al que debiera corresponder y por inducir a error en la comprensión de la situación patrimonial de la concursada.

<sup>1303</sup> STS n° 994 de 16/1/2012 (*RJ* 2012/3649) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL. La concursada había otorgado una garantía, sin límite de cuantía ni de tiempo, en favor de una filial en Japón. La garantía no fue revocada a pesar de que la concursada había transmitido a terceros la mayoría de las acciones que tenía de esa filial, por lo que había dejado de ser dominada por ella. La antigua filial fue declarada en quiebra en Japón y la antigua matriz condenada a pagar al acreedor beneficiario las deudas de la que había sido su filial japonesa. En tales circunstancias, la administración concursal consideró como hecho relevante para la calificación, entre otros, la omisión en las cuentas anuales de toda mención a la existencia de tal garantía. La sentencia no plantea cuestión relacionada con la responsabilidad por el déficit porque se aprobó un convenio de los que provocan la apertura de la sección de calificación, pero no hubo apertura de la fase de liquidación, ni directamente, ni por incumplimiento de tal convenio.

<sup>1304</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (*AC* 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

otra forma ningún banco hubiera concedido crédito para continuar con la actividad<sup>1305</sup>;

- no transcribir correctamente los saldos que componen las rúbricas de un ejercicio, sin que exista una explicación razonable y fundamentada<sup>1306</sup>;
- omisión de provisionar las actas de disconformidad de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por un importe de 18 millones de euros, referidas a impuestos de sociedades, IVA, retenciones e ingresos a cuenta sobre la renta de personas físicas y tributación de no residentes, sumada a la contabilización anticipada de ingresos por arrendamiento de espacios publicitarios<sup>1307</sup>;
- incluir en la contabilidad de determinados ejercicios una serie de facturas falsas<sup>1308</sup>;
- carecer la contabilidad de los documentos necesarios o no contabilizar efectos descontados por importantes cantidades<sup>1309</sup>;
- no provisionar la contingencia asociada a un expediente de derivación de responsabilidad<sup>1310</sup>;

---

<sup>1305</sup> SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (AC 2013\1837) ponente BLANCO SA-RALEGUI.

<sup>1306</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 34 de 22/1/2013 (AC 2013/881) ponente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. En el caso, la defensa basada en la falta de idoneidad técnica de los administradores y la confianza que éstos en que la asesoría contratada para llevar la contabilidad, fue desestimada expresamente. Se dice en la sentencia que entender que los administradores de sociedades que tienen contratada con terceros la llevanza de la contabilidad no podrían resultar responsabilizados, resultaría un absurdo.

<sup>1307</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1a, n° 432 de 26/7/2012 (JUR 2012\290040) ponente PÉREZ BENÍTEZ.

<sup>1308</sup> STS n° 501 de 16/7/2012 (ROJ 5172/2012; RJ 2012/9330) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS.

<sup>1309</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (JUR 2012/43817) ponente SENDINO ARENAS.

- indebida activación de créditos fiscales, sobrevaloración del inmovilizado material y falta de provisiones por créditos a cobrar que, en su conjunto, transforman pérdidas por tres millones de euros en ganancias por 14.000 euros<sup>1311</sup>;
- reflejar la cifra de acreedores sólo el 75 % del pasivo, al anotarse únicamente los acreedores a corto plazo<sup>1312</sup>;
- no haber incluido en las cuentas anuales la existencia de otras sociedades pertenecientes al grupo<sup>1313</sup>;
- no contabilizar en la cuenta correspondiente a gastos determinadas partidas, creando un activo ficticio en la cuenta de mercancías<sup>1314</sup>;
- incluir en el activo del balance un crédito fiscal correspondiente a bases imponibles negativas por pérdidas de los últimos ejercicios compensándolas con resultados positivos futuros, cuando no se daba uno de los requisitos que permitían esta inclusión<sup>1315</sup>.

En cambio, no se consideró que existiera incumplimiento sustancial en la contabilidad o una irregularidad relevante, en los casos siguientes:

---

<sup>1310</sup> SAP, Sec. 5, de Zaragoza n° 472 de 15/7/2011 (*JUR* 2011/317430) ponente SEOANE PRADO.

<sup>1311</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 2/12/2010 (*AC* 2011\1861) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ.

<sup>1312</sup> SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, n° 37 de 27/1/2009 (*JUR* 2009\192847) ponente SOLER PASCUAL.

<sup>1313</sup> SAP de Álava, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 349 de 27/11/2007 (*AC* 2008\115) ponente GUERRERO ROMERO.

<sup>1314</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 213 de 27/4/2007 (*AC* 2007/1697) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>1315</sup> SJM n° 4 de Barcelona, n° 116 de 31/5/2006 (*AC* 2007\204) ponente RODRÍGUEZ VEGA.

- falta de correspondencia entre los libros contables y la contabilidad informatizada, por ser considerado ello irrelevante, en el caso, para la comprensión de la situación patrimonial o financiera<sup>1316</sup>;
- la omisión de provisionar créditos contra los únicos clientes de la concursada que se encontraban ya concursados a la fecha en que fueron facturados y a pesar de que el administrador era sabedor de la situación concursal de éstos puesto que era, también, su administrador<sup>1317</sup>;
- la omisión de provisionar el importe estimado de una deuda tributaria, que había sido objeto de impugnación en términos jurídicamente discutibles y haber sido informada su existencia en la memoria<sup>1318</sup>;

---

<sup>1316</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1317</sup> SAP de Guadalajara, Sec. 1ª, n° 63 de 5/3/2013 (JUR 2013\137805) ponente REGALADO VALDÉS.

<sup>1318</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3ª, n° 45 de 18/2/2013 (JUR 2013\126445) ponente MUÑIZ DELGADO. En esta sentencia se tomó com pauta para determinar qué ha de provisionarse o no en las cuentas anuales, lo dispuesto por la Norma Internacional de Contabilidad n° 37, aplicable a las sociedades que hayan de formular cuentas consolidada. Allí se establece para que haya de reconocerse una provisión se requiere la concurrencia simultánea de tres requisitos: primero que la empresa tenga una obligación presente como resultado de un suceso pasado; segundo que sea probable que para hacer frente a dicha obligación haya de desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos y tercero que pueda efectuarse una estimación fiable del importe de dicha obligación. Por el contrario ha de reputarse como pasivo contingente, exento de provisionarse y figurar en el pasivo, aquellas obligaciones posibles, surgidas a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada solo por la ocurrencia o, en su caso, por la no ocurrencia de uno o más eventos inciertos en el futuro que no estén enteramente bajo el control de la empresa, de cuya existencia se dará cuenta en notas. En definitiva, si la obligación surgida a raíz de sucesos pasados no es probable, sino solamente posible, y depende de la ocurrencia o no de algún evento incierto en el futuro, o bien que su importe no puede ser valorado con suficiente fiabilidad, estaremos frente a una contingencia. La contingencia no debe ser reconocida contablemente por no cumplir con los requisitos para ser considerada como pasivo. Únicamente, se debe informar sobre ellas en la memoria de las cuentas anuales.

- la autofinanciación mediante el descuento de títulos que no respondían a operaciones comerciales, por no haber alterado la información sobre la situación patrimonial y financiera de la concursada<sup>1319</sup>;
- la contabilización de una factura por 75.724 € emitida por una sociedad controlada por concepto de *reorganización de la empresa*, habida cuenta de que la cifra de negocio de la concursada en el ejercicio anterior ascendía a 10.805.203 €<sup>1320</sup>.

***b. Supuestos vinculados a la inexactitud o falsedad de los documentos presentados por el deudor en el concurso***

La legislación española prevé, también, como supuesto de la calificación culpable del concurso, a la *inexactitud grave o falsedad en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados por el deudor durante su tramitación* (art. 164.2-2º LCE). La legislación uruguaya sólo incluye como supuesto de culpabilidad el haber cometido falsedad en cualquiera de los documentos adjuntados a la solicitud del declaración de concurso o durante la tramitación del procedimiento (art. 193-5º LC).

La jurisprudencia ha hecho énfasis en que no cualquier inexactitud permite declarar culpable el concurso sino que dicha inexactitud debe merecer la calificación de grave y que sólo podrá calificarse de grave cuando tergiversarse de manera importante o sustancial la imagen del activo del deudor<sup>1321</sup>.

En la jurisprudencia española y uruguaya este supuesto se ha considerado configurado en casos como los siguientes:

---

<sup>1319</sup> SAP de Alicante, Sec. 8ª, nº 282 de 30/6/2011 (*JUR* 2011\331777) ponente GARCÍA-CHAMÓN CERVERA.

<sup>1320</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, nº 62 de 24/3/2009 (*AC* 2009\771) ponente SARAZA JIMENA.

<sup>1321</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, nº 294 de 4/12/2009 (*JUR* 2010\69720) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ.

- inclusión en el balance y en el inventario de un rubro *mercaderías* por \$ 2.784.180 y otro de *investigación y desarrollo* por \$ 4.163.200<sup>1322</sup>, siendo que tres meses antes de presentarse la solicitud de concurso ya no existían ni las mercaderías, ni crédito alguno que se correspondiese con aquel importe y en ninguna oportunidad procesal fundaron los administradores la forma en que se estimó la cifra asignada al segundo rubro y, por el contrario, fue admitido que se trataba de un valor arbitrario<sup>1323</sup>;
- inclusión en el activo de bienes por valor superior a los 390.000 € que ya estaban completamente amortizados y activos por más de 66.000 € que no pudieron ser encontrados en el establecimiento de la concursada, inclusión de mercaderías obsoletas en el inventario, diferencias en el 11 % del total de las existencias<sup>1324</sup>;
- inexactitudes graves en el inventario, en la relación de créditos y deudas, y en la valoración de existencias<sup>1325</sup>;
- inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso<sup>1326</sup>;
- omisión de la denuncia de existencia de créditos avalados por el administrador de la concursada y su cónyuge, pagados después de declarado el concurso con fondos de la sociedad<sup>1327</sup>;

---

<sup>1322</sup> Equivalentes a 95.999 € y 143.548 € respectivamente. Corresponde tener presente que el activo total verificado por la sindicatura ascendía a \$ 7.912.972, equivalentes a 272.842 €.

<sup>1323</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1324</sup> SAP de La Rioja, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 395 de 3/12/2012 (*JUR* 2013\9978) ponente SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.

<sup>1325</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 34 de 22/1/2013 (*AC* 2013/881) ponente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

<sup>1326</sup> AAP de Barcelona, Sec. 15, de 6/2/2006 (*JUR* 2006\242022, *ADCo* 11, 2007, p. 361). La AP observó que por tratarse de una conducta concurrente a la solicitud y declaración de concurso, es imposible que haya generado o agravado la situación de insolvencia.

- sobrevaloración inicial de mercaderías en el estado de situación presentado por el deudor, inclusión en el pasivo de cheques de favor e inclusión del tenedor de dichos cheques en el listado de acreedores presentado al solicitar el concurso<sup>1328</sup>.

En los supuestos que hasta aquí llevamos analizados, dado que se refieren a requisitos documentales, no pueden *per se* generar ni agravar la insolvencia. A lo sumo impiden – aunque no necesariamente – el conocimiento de esa generación o agravación<sup>1329</sup>. En la posición de quienes consideran que la responsabilidad por el déficit tiene una función resarcitoria, en estos supuestos de calificación no podría condenarse a la cobertura del déficit concursal<sup>1330</sup>. Contrariamente, el TS considera que no se corresponde con la lógica del art. 172 bis condicionar la condena a la concurrencia de nexo causal entre el comportamiento de los administradores y la causación o agravación de la insolvencia<sup>1331</sup>. En este sentido, por ejemplo, en la STS n° 142 de 21 de marzo de 2012, descartando la pretensión de los recurrentes, en cuanto a que no habría sido demostrado en el proceso que las irregularidades en la contabilidad hubieran causado o agravado el estado de insolvencia, se ratificó su condena a la cobertura del déficit concursal<sup>1332</sup>.

No se consideró que existiera una inexactitud grave en el caso siguiente: inclusión en el inventario de un vehículo tomado en leasing por valor de 18.120 €,

---

<sup>1327</sup> SJM n° 1 de Zaragoza de 18/1/2008, ratificada por SAP de Zaragoza, Sec. 5ª, de 10/9/2008 y por STS n° 138 de 20/3/2012 (ROJ 1924\2012), ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1328</sup> STAC de 2° t. n° 182 de 8/8/2012, ponente FRANÇA NEBOT.

<sup>1329</sup> STS n° 298 de 21/5/2012 (ROJ 4441\2012, RJ 2012\6537) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1330</sup> HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La responsabilidad concursal de los administradores. A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012», *ADCo*, n° 28, p. 218.

<sup>1331</sup> STS n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1332</sup> STS n° 142, 21/3/2012 (ROJ 2542\2012, RJ 2012\5265) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

en consideración a que se hizo constar en el pasivo una deuda por leasing de 15.529 € y el activo de la concursada ascendía a 179.689 €<sup>1333</sup>.

*c. Supuestos relacionados con la sustracción o salida de bienes que debieran haber integrado la masa activa*

Tanto en la legislación española como en la uruguaya, se prevé que el *alzamiento del deudor con la totalidad o parte de sus bienes*, constituye otro de los supuestos de calificación culpable del concurso (art. 164.2-4º LCE y art. 193-1º LC). Sin embargo, no existe un concepto de alzamiento de bienes en la LCE ni en la LC<sup>1334</sup>.

El nº 4 del 164.2 de la LCE establece que el concurso se calificará como culpable cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. Corresponde advertir que no es el mero alzamiento del deudor, lo que provocará la calificación del concurso como culpable; debe haberse causado un perjuicio a los acreedores<sup>1335</sup>.

---

<sup>1333</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, nº 294 de 4/12/2009 (*JUR* 2010\69720) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ.

<sup>1334</sup> En el art. 1663 del CCom uruguayo se lo definía en los términos siguientes: «*Hay alzamiento cuando un comerciante, sin dejar quien lo represente y cumpla sus obligaciones, se fuga u oculta sustrayendo el todo o parte de sus bienes.*»

En la jurisprudencia uruguaya se consideró que incurrió en alzamiento y, por lo tanto, se calificó al concurso como culpable, en un caso en que se constataron los hechos siguientes: el retiro de tres camiones del local de la concursada, mediante llaves apropiadas y rompiendo los candados colocados para su resguardo; el retiro de objetos muebles inventariados; el cobro de créditos por parte del administrador de la concursada (STAC de 2º t., nº 182 de 8/8/2012, ponente: FRANÇA NEBOT).

<sup>1335</sup> Una antigua jurisprudencia entendió que el objeto de protección lo constituía la pretensión procesal ejecutiva del acreedor. Esto parece reflejarse en la consideración como presunciones de culpabilidad, cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en

El alzamiento de bienes es, también, uno de los hechos externos que legitiman al acreedor a solicitar el concurso en fase de apertura, según establece el art. 2.4.3º LCE y, además, es configurativo de diversas modalidades de delitos previstos en los arts. 257, 258 y 259 del CP<sup>1336</sup>.

En la jurisprudencia uruguaya y española se ha considerado configurado el alzamiento en casos como los siguientes:

- resistencia a los requerimientos de la sindicatura para la recuperación de una parte importante de los bienes denunciados por la sociedad deudora, tales como cheques diferidos a cobrar y vehículo adquirido en *leasing* (cuya devolución sólo fue lograda después de la solicitud de secuestro a las autoridades policiales)<sup>1337</sup>;
- por resultar acreditada una importante diferencia entre lo inventariado por la deudora en oportunidad de solicitar el concurso y los activos inventariados al realizarse la ocupación de bienes<sup>1338</sup>;
- la desaparición de herramientas y maquinaria de la empresa<sup>1339</sup>;
- extinción de deuda con proveedores dados de alta como clientes por primera vez en fechas próximas a la declaración de concurso, emitiendo facturas de abono por devolución de mercancía con pago por caja<sup>1340</sup>;
- distracción de dinero de la sociedad, bajo la apariencia de préstamos que no fueron devueltos<sup>1341</sup>;

---

cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación (BACIGALUPO SAGGESE, id., p. 127).

<sup>1336</sup> BACIGALUPO SAGGESE, id., pp. 124 y 125.

<sup>1337</sup> SJLC de 2º t., nº 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1338</sup> SJLC de 2º t., nº 372 de 2/4/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1339</sup> STS nº 501, 16/7/2012 (ROJ 5172\2012; RJ 2012\9330) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS.

<sup>1340</sup> SAP de La Rioja, Sec. 1a, nº 395 de 3/12/2012 (JUR 2013\9978) ponente SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.

- cobro de créditos que no ingresaron a la masa activa de la sociedad concursada y compra de productos a nombre de ésta que tampoco fueron incorporados a la masa, por quien fue categorizada como administradora de hecho, en fecha posterior a la declaración del concurso<sup>1342</sup>;
- pago anticipado de créditos de determinados acreedores y a los mismos administradores, en una época inmediatamente anterior a la declaración de concurso, cuando ya se había evidenciado la situación de insolvencia irreversible de la sociedad<sup>1343</sup>.

No se consideró que existiera alzamiento en el caso siguiente:

- venta de dos parcelas y un fondo de inversión, por un total de 399.375 €, por haber sido este monto aplicado a cancelar préstamos, abonar facturas, primas de seguros, impuestos, cuotas de leasing y demás gastos propios de la actividad de la concursada<sup>1344</sup>.

También, constituye un supuesto de concurso culpable que hayan «*salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*», durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 164.2-5 LCE). En el caso de la LC, este supuesto presenta dos diferencias relevantes: no existe un límite temporal, bastando que la salida se hubiere realizado «*antes de la*

---

<sup>1341</sup> STS n° 614, 17/11/2011 (RJ 2012\3368) ponente CORBAL FERNÁNDEZ.

<sup>1342</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4/10/2011 (JUR 2011\83082) ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>1343</sup> SJM 1 de La Coruña, de 20/6/2007 (AC 2007\203). Se consideró que los administradores no podían en modo alguno ignorar que al dar un trato preferente a ciertos acreedores y al hacerse pago a sí mismos de créditos que en un concurso, de ser reconocidos, resultarían postergados, estaban agravando en la misma medida la insolvencia de la sociedad y el daño que con ella ocasionaban a los demás acreedores.

<sup>1344</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3ª, n° 45 de 18/2/2013 (JUR 2013\126445) ponente MUÑIZ DELGADO.

*declaración del concurso»* y, en lugar de la referencia al *fraude*, se utiliza la expresión *indebidamente*.

La *salida* – término utilizado en ambas legislaciones - se suele operativizar a través de un negocio que simula una compraventa. Para ello, la existencia de una sentencia, dictada en un incidente concursal, que declara rescindida una compraventa por simulación absoluta del contrato, se ha considerado suficiente para considerar configurado el supuesto en análisis<sup>1345</sup>.

En la jurisprudencia española se ha considerado que la referencia al *fraude* ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del CCE, que no implica la existencia de un *animus nocendi* (propósito de dañar o perjudicar), sino la *scientia fraudis* (conocimiento o cognoscibilidad del eventual perjuicio patrimonial derivado de la salida de bienes de su activo)<sup>1346</sup>. Este supuesto comprende, entonces, las hipótesis de simulación, que en definitiva conlleva la nulidad del negocio simulado dirigido a la salida de bienes o derechos de la masa concursal<sup>1347</sup>.

En la jurisprudencia uruguaya y española se ha considerado configurado este supuesto en casos como los siguientes:

---

<sup>1345</sup> SJM n° 1 de Alicante, n° 11 de 13/1/2011 (AC 2011\37) ponente FUENTES DEVESA.

<sup>1346</sup> STS n° 174 de 27/3/2014 (ROJ 1228\2014), ponente SARAZA JIMENA y SJM n° 1 de Pontevedra, de 21/7/2010 (AC 2011\601) ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1347</sup> STS de 21/12/2009 (RJ 2010\297). En esta sentencia, ante una escritura pública denominada de compraventa, cuyo propósito era poner los bienes inmuebles de los padres a nombre de una hija mayor de edad, con el fin de sustraer el patrimonio familiar a una posible responsabilidad civil, el TS consideró que el supuesto enjuiciado constituía una clara manifestación de simulación absoluta por infracción de los arts. 1261.30, 1274, 1275 y 1276 CCE, por expresión de causa falsa y no existir otra causa verdadera y lícita. El TS entendió, además, que no procedía reducir la apreciación del fraude de acreedores al campo de la acción rescisoria, en cuanto ésta opera en el ámbito de los contratos válidos (art. 1290 CCE).

- Aplicación de un activo social a la cancelación de una deuda personal de quien administrador y socio único de la concursada, mediante una reducción de capital ilícita en la que los acreedores no pudieron intervenir, ni conocer (puesto que no fue inscrita en el Registro Mercantil)<sup>1348</sup>.
- Desplazamiento de fondos de la sociedad concursada a favor de los administradores por un importe total de 3.050.732 €, sin causa ninguna a título oneroso que lo justifique<sup>1349</sup>.
- Existencia de una importante diferencia entre lo inventariado por la deudora en oportunidad de solicitar el concurso y los activos inventariados al realizarse la ocupación de bienes<sup>1350</sup>;
- Disposición injustificada de 40.000 € de una cuenta de la sociedad deudora y dación de una finca urbana sin que se haya justificado la existencia de deuda alguna con el beneficiario (valor 60.000 €)<sup>1351</sup>.
- Ausencia de precio o del pago del mismo, como contraprestación por la entrega del bien vendido. La causa, en este caso, se entendió ilícita ya que su objetivo fue extraer activos de la masa concursal, con desprecio de los derechos de los legítimos acreedores<sup>1352</sup>.
- Caso en que el administrador extrajo dinero de la sociedad para pagar una deuda de la cual él mismo era avalista. De no atender el pago de esa deuda, el administrador hubiese sido directo responsable frente al acreedor avalado,

---

<sup>1348</sup> STS n° 174 de 27/3/2014 (*ROJ* 1228\2014), ponente SARAZA JIMENA.

<sup>1349</sup> SJPI n° 2 de Lugo, n° 93 de 15/4/2013 (*AC* 2013\501) ponente GALVÁN GALLEGOS.

<sup>1350</sup> SJLC de 2° t., n° 372 de 2/4/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1351</sup> SAP de Lleida, Sec. 2ª, n° 36 de 24/1/2013 (*JUR* 2013\86337) ponente SAINZ PEREDA.

<sup>1352</sup> SJM n° 1 de Alicante, n° 11 de 13/1/2011 (*AC* 2011\37) ponente FUENTES DEVESA.

mientras que su derecho de reembolso frente a la sociedad concursada habría sido calificado como subordinado (art. 92-5º LCE)<sup>1353</sup>.

#### ***d. Incumplimiento del convenio***

Además de los supuestos referidos, de acuerdo con lo establecido en el art. 164.2 de la LCE, el concurso se calificará como culpable en cualquiera de los siguientes supuestos: cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por *in-cumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado* y cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a *simular una situación patrimonial ficticia*<sup>1354</sup>. Ninguno de estos se encuentran previstos en la LC<sup>1355</sup>.

La LCE impone al deudor que hubiera celebrado un convenio con sus acreedores, un deber específico de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación cuando constate la imposibilidad de su cumplimiento. El presupuesto objetivo es que el concursado «*conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación*» del convenio, es decir, que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o, en términos más simples, que se encuentre en estado de insolvencia<sup>1356</sup>.

---

<sup>1353</sup> SAP de León, Sec. 1ª, nº 347 de 20/9/2010 (*JUR* 2010\354772) ponente RODRÍGUEZ LÓPEZ.

<sup>1354</sup> STS nº 669 de 14/11/2012 (*RJ* 2013/1614), ponente: GIMENO-BAYÓN COBOS.

<sup>1355</sup> Al regular las consecuencias del incumplimiento del convenio, la LC se limita a disponer que cualquier acreedor podrá solicitar del juez del Concurso la apertura de la liquidación de la masa activa y la adopción de las medidas cautelares necesaria para asegurar la integridad de la masa activa. En la sentencia que ordene la liquidación, el juez suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 167).

<sup>1356</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y CAMPUZANO, «A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación...», *ADCo*, nº 26 (2012), pp. 435 y 436.

La LCE - a diferencia de lo previsto para la solicitud de concurso - no concede plazo alguno para el cumplimiento del deber. La doctrina entiende, entonces, que se trata de un deber de cumplimiento inmediato. El deudor debe solicitar la conversión tan pronto como conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación<sup>1357</sup>.

Si el deudor solicita la apertura de la liquidación antes de que se declare el incumplimiento del convenio (art. 140), conseguirá que en la sección de calificación que se abrirá o reabrirá a consecuencia de la conversión de fases, no se aplique la presunción de concurso culpable por incumplimiento de convenio imputable, pues la presunción sólo opera cuando la liquidación ha sido acordada de oficio (art. 164.2-3°). No podrá impedir, sin embargo, que en la sección de calificación que necesariamente deberá formarse (art. 163.1-2°), se valoren todas las demás conductas que hayan podido generar o agravar el - nuevo - estado de insolvencia<sup>1358</sup>.

#### ***e. Infracapitalización***

Según se adelantó, el art. 193 de la LC contiene un supuesto de culpabilidad no previsto en la legislación española, que resulta de la mayor relevancia en la práctica concursal uruguaya<sup>1359</sup>. En su n° 2 se prevé que el concurso se deberá calificar como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado.

La doctrina se refiere a este supuesto como una hipótesis de *infracapitalización* o *subcapitalización*. Se entiende por ésta aquella situación en

---

<sup>1357</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y CAMPUZANO, id., p. 436.

<sup>1358</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y CAMPUZANO, id., p. 438.

<sup>1359</sup> El legislador uruguayo tomó este supuesto de culpabilidad del n° 2 del art. 205 de la PALC, de un tenor idéntico al n° 2 del art. 193 de la LC.

la cual la sociedad cuenta con recursos pro-pios notoriamente insuficientes para el desarrollo de la actividad empresarial que se propone desarrollar. La infracapitalización se categoriza como *material* cuando los recursos propios aportados por los socios o mantenidos por éstos en la sociedad son notoriamente insuficientes. Se la categoriza como *nominal* cuando los socios contribuyen efectivamente con los recursos necesarios pero no a título de aporte al capital, sino a título de préstamo u otra forma de crédito<sup>1360</sup>.

En aplicación de este supuesto, en un caso muy reciente, bastó que en la memoria el deudor declarara que los fondos no resultaban suficientes para desplegar su giro comercial, para que el Magistrado interviniente declarara la culpabilidad del concurso<sup>1361</sup>. En otro caso, anterior, entre otras motivaciones, se calificó culpable al concurso al constatarse que no se realizaron los aportes necesarios para evitar la disolución de la sociedad, continuando su actividad con recursos manifiestamente insuficientes a su giro<sup>1362</sup>.

Contrariamente al sentido que le ha dado la jurisprudencia uruguaya a este supuesto legal de culpabilidad, alguna doctrina manifiesta que la infracapitalización, para que pueda ser el fundamento de una calificación culpable, debe derivar de una decisión originaria de aportar menos capital que el requerido para la operativa proyectada o de actos sociales subsecuentes de ampliación de la operativa en forma desmesurada o distribución excesiva de beneficios. La insuficiencia de los activos generada por la acumulación de pérdidas derivadas de la operativa social no implicaría un supuesto legal de culpabilidad, puesto que, según esta doctrina, no existiría en la legislación uruguaya una obligación de recapitalizar a la sociedad a cargo de los socios<sup>1363</sup>.

---

<sup>1360</sup> OLIVERA GARCÍA, «La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial*, pp. 609-610.

<sup>1361</sup> SJLC de 2° t. n° 818 de 6/6/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1362</sup> STAC de 2° t., n° 182, de 8/8/2012 (*SJN*) ponente FRANÇA NEBOT.

<sup>1363</sup> OLIVERA GARCÍA, «La infracapitalización...», pp. 609-610.

No compartimos esta opinión. La LC no hace distinción alguna entre infracapitalización originaria y superviniente. Por otra parte, entendemos que los socios sí tienen la obligación de mantener activos suficientes para el desarrollo de la actividad social. Si el patrimonio neto se reduce por debajo de la cuarta parte del capital integrado (n° 6 art. 159 LSC) o su disminución imposibilita la consecución del objeto social (n° 4 art. 159 LSC<sup>1364</sup>), los socios deben disolver la sociedad o reintegrar el capital (art. 160 LSC<sup>1365</sup>). Ciertamente es que el socio que no esté dispuesto a reintegrar capital puede receder; pero si no recede, puede ser excluido por el resto, por grave incumplimiento de sus obligaciones (art. 147 LSC<sup>1366</sup>). A su vez, los administradores tienen el deber de informar a los socios respecto a la infracapitalización y, si la sociedad fuese anónima, de convocar a asamblea para que los socios tengan oportunidad de resolver si disuelven la sociedad o reintegran el capital. De lo contrario, no estarían obrando con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 83 LSC), sino desempeñando mal el cargo, con culpa grave (art. 391 LSC).

En la doctrina argentina, ya desde hace algún tiempo se plantea la posibilidad de que los acreedores accionen contra éstos, utilizando la acción individual de responsabilidad, en casos en que la dotación patrimonial fuere insuficiente para el cumplimiento del objeto social o la viabilidad de la empresa. Claro que, para que

---

<sup>1364</sup> Art. 159 LSC, n°s 4 y 6: (Causas). «Las sociedades se disolverán: (...)

4) Por la consecución del objeto social o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo (...)

6) Por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.»

<sup>1365</sup> Art. 160 LSC: «(Pérdida social en el patrimonio). En el caso de pérdidas que reduzcan el patrimonio social, la sociedad no se disolverá si los socios acuerdan reintegrar total o parcialmente o reducir el capital.»

<sup>1366</sup> Art. 147 LSC: «(Exclusión de socio). Cualquier socio podrá ser excluido si mediara justa causa. Será nulo el pacto en contrario.

*Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones o en los demás casos previstos por la ley. También existirá en los supuestos de declaración en quiebra, concurso civil o liquidación judicial del socio.»*

proceda la responsabilidad por infracapitalización, se entiende que debe existir relación causal con la imposibilidad de pago o insolvencia de la sociedad, siendo necesario que tal estado de cesación de pago sea comprobado<sup>1367</sup>.

## 2. Naturaleza de los supuestos legales de culpabilidad

El art. 164.2 de la LCE establece que el concurso se calificará como culpable «*en todo caso*» en que se verifique cualquiera de los hechos, actos o situaciones, en el enumerados. El art. 193 de la LC no contiene una disposición tan terminante, pues carece de la expresión «*en todo caso*», sin perjuicio de lo cual, en forma imperativa, dispone los casos en los que el concurso se calificará como culpable<sup>1368</sup>.

---

<sup>1367</sup> RICHARD, «Responsabilidad de administradores (y controlantes) societarios en los concursos y quiebras», *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (2001), pp. 294 y 298.

<sup>1368</sup> El art. 193 de la LC, bajo el título «*presunciones absolutas de culpabilidad*», establece las siguientes: «*El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos:*

1. *Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con la finalidad de retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución que se hubiera iniciado o fuera de previsible iniciación.*

2. *Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado.*

3. *Cuando, antes de la declaración del concurso de acreedores, hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.*

4. *Cuando no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, estando legalmente obligado a ello, o cuando hubiere llevado doble contabilidad o hubiere cometido falsedad en la contabilidad.*

5. *Cuando el deudor hubiera cometido falsedad en cualquiera de los documentos adjuntados a la solicitud de declaración judicial de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento.»*

La especial formulación de estas disposiciones da lugar a dos interpretaciones en cuanto a la naturaleza de los supuestos en ella previstos.

***a. Los supuestos legales de culpabilidad como presunciones absolutas***

Buena parte de la doctrina<sup>1369</sup> y jurisprudencia<sup>1370</sup> considera que los supuestos previstos en el art. 164.2 de la LCE constituyen presunciones absolutas de culpabilidad (*iure et de iure*), en virtud de que dicha norma dispone que «*En todo caso, el concurso el concurso se calificará como culpable (...)*». En la legislación uruguaya, la categorización de los supuestos previstos en art. 193 – norma análoga al art. 164.2 de la LCE – como presunciones absolutas, pareciera más evidente, por cuanto esa disposición lleva por *nomen iuris*, precisamente, el de «*presunciones absolutas de culpabilidad*»<sup>1371</sup>.

---

<sup>1369</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», p. 81; MORALES BARCELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles...*, p. 467; VILATA MENADAS, «La responsabilidad de los administradores sociales dentro y fuera del concurso», *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, dir. MARTÍNEZ SANZ, coord. PUETZ (2012), p. 956.

<sup>1370</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3ª, nº 45 de 18/2/2013 (*JUR* 2013\126445); SAP de La Coruña, Sec. 4ª, nº 497 de 7/12/2012 (*JUR* 2013\40901) y nº 78 de 22/2/2012 (*JUR* 2012\114328); SAP de La Rioja, Sec. 1ª, nº 395 de 3/12/2012 (*JUR* 2013\9978); SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, nº 32 de 25/1/2011 (*JUR* 2011\118041); SSAP de Madrid, Sec. 28, nº 268 de 3/12/2010 (*AC* 2011\1861) y nº 294 de 4/12/2009 (*JUR* 2010\69720); SAP de León, Sec. 1ª, de 20/9/2010 (*ADCo* 2011-2, pp. 394 y 395). SJM nº 3 de Vigo, de 17/9/2013 (*AC* 2013\1837).

<sup>1371</sup> Así lo ha hecho la jurisprudencia uruguaya. La SJLC de 1º t. nº 1311 de 30/8/2013 (RODRÍGUEZ MASCARDI) se ha explayado sobre la cuestión en los términos siguientes: «*Ante la dificultad de la prueba del concurso culpable y en particular del elemento subjetivo el legislador concursal optó por establecer un elenco de presunciones absolutas y relativas de dolo o culpa grave que pueden ser invocadas (...)* El precitado artículo 193 de la Ley 18.387 permite presumir uno de los elementos de la calificación: la concurrencia de dolo o culpa grave no así el nexo causal que debe ser acreditado en cada caso.». Esta misma argumentación se repite en la SJLC de 1º t. nº 2012 de 12/11/2013.

En algunos casos, quienes consideran que los supuestos en análisis contienen presunciones absolutas de culpabilidad, también, entienden que su verificación sólo contribuye a facilitar la prueba respecto al elemento *culpa*, quedando pendiente la acreditación de que se han configurado los demás elementos previstos en la cláusula general (arts. 164.1 LCE y 192 LC), a saber, la «*generación o agravación del estado de insolvencia*» y, por supuesto, el *nexo causal* entre la actuación culposa y la generación o agravación de la insolvencia. Consecuentemente, consideran que si la actuación, a pesar de verificarse los extremos configurativos de la presunción, no causa ni agrava la insolvencia, no correspondería la condena a pagar el déficit, aunque éste exista<sup>1372</sup>.

En otros casos, se admite que estas conductas son consideradas por la LCE como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellos y la insolvencia de la sociedad<sup>1373</sup>. Los supuestos legales en examen son categorizados

---

<sup>1372</sup> Así lo entendió el magistrado VILATA MENADAS, en un caso de incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso (SJM n° 1 de Valencia, cit., de 28/9/2007). En el caso, el concurso fue calificado como fortuito, por no haberse acreditado que dicho incumplimiento generó o agravó la insolvencia, sin perjuicio de la reapertura de la sección de calificación, por no haber podido el deudor dar cumplimiento al convenio.

En el mismo sentido, en SJM 1 de Valencia de 30/4/2008, este magistrado volvió a desestimar la pretensión del MF respecto a la calificación culpable del concurso con base en el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. El sentenciante dictaminó que no puede obviarse que, en todo caso, debe acreditarse el presupuesto de generación o agravación del estado de insolvencia, pues tal no deriva automáticamente de la presunción legal (SJM 1 de Valencia, de 30/4/2008, *JUR* 2008\357157).

Así, también, BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 299.

<sup>1373</sup> SAP de Guadalajara, Sec. 1ª, n° 63 de 5/3/2013 (*JUR* 2013\137805) ponente REGALADO VALDÉS; SSAP de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 3/12/2010 (*AC* 2011\1861) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ y n° 62 de 24/3/2009 (*AC* 2009\ 771) ponente SARAZA JIMENA; SAP de Jaen, Sec. 15, n° 189 de 25/9/2009 (*AC* 2009\2049) ponente PÉREZ ESPINO.

como «*causa autónoma determinante por sí misma de la calificación de culpabilidad*»<sup>1374</sup>, en tanto la propia conducta ilícita del concursado o de su administrador provoca una situación de *opacidad* que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la culpa grave y de su relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable<sup>1375</sup>.

***b. Los supuestos legales de culpabilidad como conductas típicas o tipos de simple actividad***

En una segunda línea interpretativa, existe doctrina<sup>1376</sup> y jurisprudencia<sup>1377</sup> españolas, amparadas por el criterio asentado por el TS<sup>1378</sup>, que cuestionan que los supuestos en análisis sean verdaderas presunciones *iuris et de iure*. La LCE no contiene un *nomen iuris* que, como la LC, refiera a «*presunciones absolutas*» y, además, contiene la expresión «*en todo caso*» que, según la doctrina y

---

<sup>1374</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040) ponente PÉREZ BENÍTEZ.

<sup>1375</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 3/12/2010 (*AC* 2011\1861) ponente ARRIBAS HERNÁNDEZ.

<sup>1376</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)», *ADCo*, n° 27, p. 369.

<sup>1377</sup> SSAAPP de Barcelona, Sec. 15, de 19/3/2007 (*JUR* 2007\272870) y 27/4/2007 (*AC* 2007\1697); de Lleida, Sec. 2ª, n° 36 de 24/1/2013 (*JUR* 2013\86337); de Mallorca, Sec. 5, de 16/2/2011 y 9/11/2009; de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 393) y de 6/3/2009 (*ROJ* 2009\236331). SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 (*AC* 2011\246). SJM n° 1 de La Coruña de 20/6/2006, *AC* 2007\203; SJM n° 1 de Málaga, de 13/2/2009, *AC* 2009\736; SJM n° 1 de Alicante, de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103.109) y 11/1/2011 (*AC* 2011\37).

<sup>1378</sup> SSTS n° 459 de 19/7/2012 (*ROJ* 6086/ 2012), n° 298 de 21/5/2012 (*ROJ* 4441\2012), n° 255 de 26/4/2012 (*JUR* 2012\161790), n° 994 de 16/1/2012 (*ROJ* 525\2012), n° 614, de 17/11/2011 (*RJ* 2012\3368) y n° 644, de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084).

jurisprudencia españolas impediría considerar la existencia de margen alguno para la exención de responsabilidad basado en la ausencia de nexo causal<sup>1379</sup>.

Entonces, estiman que esos supuestos, más bien describen *conductas típicas* o *tipos de simple actividad*<sup>1380</sup> o, directamente, *hechos de concurso culpable*, a los que la Ley anuda objetivamente la calificación del concurso como culpable<sup>1381</sup> y que se añaden a la cláusula abierta o general del 164.1<sup>1382</sup>. Se considera que el art. 164.2 de la LCE tipifica una serie de conductas, positivas o negativas – a modo de tipos penales - cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si existe o no nexo causal entre dichas conductas y la generación o agravación de la insolvencia<sup>1383</sup>.

El tipo se configura por la sola comisión del hecho descrito en la norma, sin exigir que haya resultado determinante de la situación de insolvencia de la sociedad<sup>1384</sup>. La valoración del hecho en cuestión en un grado de reprobabilidad suficiente como para atribuir automáticamente al concurso la calificación culpable, la ha hecho el legislador, sin que se permita al intérprete ninguna otra

---

<sup>1379</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 18 (2013), p. 54.

<sup>1380</sup> STS n° 994 de 16/1/2012 (*ROJ* 525\2012, *RJ* 2012\3649) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1381</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Las irregularidades relevantes en la contabilidad...», *ADCo*, n° 27, p. 369.

<sup>1382</sup> SJM n° 1 de La Coruña de 20/6/2006 (*AC* 2007\203) ponente GONZÁLEZ-CARRERO FLOJO.

<sup>1383</sup> SSTS n° 459 de 19/7/2012 (*ROJ* 6086/2012), n° 298 de 21/5/2012 (*ROJ* 4441\2012), n° 994 de 16/1/2012 (*ROJ* 525\2012) y n° 644 de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084). SSAAPP de Lleida, Sec. 2ª, n° 36 de 24/1/2013 (*JUR* 2013\86337) y de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040).

<sup>1384</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1a, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040), ponente: PÉREZ BENÍTEZ.

valoración más allá de si se ha producido o no tal hecho<sup>1385</sup>. La culpa grave, entonces, subyace a la mera realización de la conducta tipificada, ya que el propio legislador ha estimado que, cuando menos, constituye un supuesto de negligencia grave del administrador<sup>1386</sup>.

Como hemos señalado, el TS asentó la jurisprudencia sobre este punto, dictaminando que los supuestos del art. 164.2 de la LCE no lo son de *presunción* de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso o *tipos de simple actividad*. Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en el apartado 2, determina irremediabilmente la calificación culpable para el concurso, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia del concursado, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo<sup>1387</sup>. De modo que, según esta jurisprudencia, a los efectos de paliar las dificultades probatorias en cuanto a la culpabilidad del concurso<sup>1388</sup>, la LCE ha dispuesto que constatada la concurrencia de alguno de los supuestos legales, se desencadene inevitablemente la calificación del concurso como culpable<sup>1389</sup>. No cabe, en esos casos, la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de la actuación u omisión, ni debe exigirse prueba de la relación de

---

<sup>1385</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007, *JUR* 2010\389283 y *ADCo* n° 13, 2008, ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>1386</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 19/3/2007 (*JUR* 2007\272870) y de 27/4/2007 (*AC* 2007\1697).

<sup>1387</sup> STS n° 255 de 26/4/2012 (*JUR* 2012\161790), ponente FERRÁNDIZ GABRIEL. También, SSTS n° 614, de 17/11/2011 (*RJ* 2012\3368), n° 644, de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084) y n° 994 de 16/1/2012 (*ROJ* 525\2012).

Esta posición ya aparecía, con anterioridad, en SJM 1 de Alicante, de 13/1/ 2011 (*AC* 2011\37).

<sup>1388</sup> SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 (*AC* 2011\246).

<sup>1389</sup> SJM 1 de Málaga, de 13/2/2009, *AC* 2009\736.

causalidad entre ésta y la insolvencia de la sociedad<sup>1390</sup>. Por el contrario, la verificación de uno cualquiera de los supuestos legales, abarcaría a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable<sup>1391</sup>.

Pareciera desprenderse de alguna jurisprudencia que la *causa* de la calificación culpable sería la verificación de alguno de los supuestos previstos en el art. 164.2. Una vez probada la concurrencia de dicha *causa*, no cabe prueba en contrario. Se facilita así la carga probatoria de la administración concursal, respecto de conductas cuya opacidad hace casi indemostrable en juicio conexión causal con daño alguno<sup>1392</sup>.

No obstante, aun en esta posición, se ha advertido que la calificación nunca sería automática, pues cada uno de los supuestos está *modalizado* por elementos jurídicos abiertos o conceptos en blanco, que requieren de valoración en el caso concreto. El análisis de las presunciones en particular demuestra que en ellas hay margen de interpretación a cargo del juez, que le impone una cuidadosa valoración. Así, por ejemplo, el incumplimiento contable debe ser sustancial y las irregularidades relevantes<sup>1393</sup>; la inexactitud documental debe ser grave; el incumplimiento del convenio debe proceder de causa imputable al concursado; la distracción patrimonial debe ser fraudulenta; y la simulación debe provocar una

---

<sup>1390</sup> STS de 6/10/2012 (*RJ* 2012\1984); SAP de Madrid, Sec. 28, de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, p. 393); SJM 1 de Alicante, de 11/1/2011 (*AC* 2011\37).

<sup>1391</sup> SJM 1 de Alicante de 11/3/2011 (*JUR* 2011\103.109).

<sup>1392</sup> SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (*AC* 2013\1837), ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1393</sup> En este sentido y desestimando los agravios del administrador recurrente, la SAP de Madrid, de 30/1/2009, destaca que la información contable de dos ejercicios presentaba irregularidades y deficiencias tan relevantes que no resultaba posible, a la vista de la misma, poder llegar a conclusiones fiables sobre cuál era la situación real del concursado, resultando trascendente para comprender la génesis y evolución de la empresa que acabó en situación de concurso (SAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009, *AC* 294).

situación patrimonial ficticia<sup>1394</sup>; el alzamiento debe resultar «*perjudicial a los acreedores*» (art. 193, n° 1, LC); los bienes del deudor debieron ser «*manifiestamente insuficientes o inadecuados*» para el ejercicio de la actividad social (art. 193. n° 2); los bienes o derechos deben haber «*salido indebidamente*» del patrimonio del deudor antes de la declaración del concurso (art. 193, n° 3).

Así mismo, se recuerda que una vez establecida la culpabilidad del concurso resta, todavía, la valoración jurídica de la conducta de cada uno de los sujetos afectados por la calificación, a los efectos de determinar cuáles de entre ellos resultarán condenados y cuál será el importe del déficit que se verán obligados a cubrir. La calificación culpable del concurso no desencadena automáticamente la responsabilidad concursal. Debe adicionarse una motivación o justificación añadida en la decisión del juez, que haga adecuada y proporcionada la condena a cantidad concreta, de acuerdo con la participación en los hechos que dieron lugar a la calificación<sup>1395</sup>.

### ***c. Los supuestos legales de culpabilidad en la legislación y doctrina uruguayas***

En cuanto a la LC, pareciera haberse decantado por considerar a estos supuestos como presunciones, en la medida que los supuestos previstos en el art. 164.2 de la LCE fueron incluidos en su art. 193, bajo el título «*presunciones absolutas de culpabilidad*». Sin embargo, en el acápite del art. 193 se establece que «*el concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos*». El *además*, a nuestro entender, indica que los casos que a continuación se

---

<sup>1394</sup> En SJM de Palma de Mallorca n° 1, se dictaminó que en la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio de la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, la presunción de culpabilidad no derivaba de la clandestinidad de los pagos efectuados o de los actos dispositivos llevados a cabo, sino de la falta de justificación de esos hechos a la vista de las deudas existentes (SJM n° 1 de Palma de Mallorca, de 11/6/2008, ADC\17\2009-2, p. 605).

<sup>1395</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 18, p. 54.

enumeran, se adicionan a la cláusula general incluida en el art. 192. De modo entonces que, dado el contenido imperativo del acápite y la expresión *además* que acabamos de destacar, los casos que se enumeran son - al igual que en la interpretación jurisprudencial prevaleciente en España - supuestos legales típicos de culpabilidad del concurso que se agregan al supuesto previsto en el art. 192 y no presunciones absolutas, como pretende el *nomen iuris* del art. 193. Por lo tanto, una vez configurados los elementos que se describen en cada uno de los numerales del art. 193, el concurso debe calificarse como culpable, sin que sea relevante discernir si las acciones y omisiones allí previstas incidieron en la producción o en la agravación de la insolvencia<sup>1396</sup>.

En nuestra posición, parece claro que los supuestos en análisis – pese al *nomen iuris* que reciben en la legislación uruguaya – no constituyen presunciones dirigidas meramente a relevar la prueba de la existencia de dolo o culpa grave del deudor o sus administradores, liquidadores y apoderados generales. Entendemos esto, en particular, porque varios de los supuestos dependen en su configuración, precisamente, de la prueba de la concurrencia de algún grado de culpabilidad.

### **3. Los supuestos de culpabilidad y la carga de la prueba**

La carga de probar los hechos, actos u omisiones que constituyen los supuestos legales de culpabilidad previstos en la LCE y la LC le corresponde a la administración concursal y al MF o al MP al formular, respectivamente, su informe de calificación y su dictamen. Por su parte, a los sujetos que aquellos propongan como personas afectadas por la calificación les corresponde la carga de la prueba de los hechos que, en el caso concreto, se presenten como impeditivos,

---

<sup>1396</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 200; HOLZ BRANDUS y RIPPE KÁISER, op. cit., p. 186.

extintivos o excluyentes. Esto no es más que la regla general en materia probatoria (art. 271.1-3 LEC)<sup>1397</sup>.

Esta regla general corresponde que sea flexibilizada tal como resulta expresamente habilitado por el art. 217.7 de la LEC y, en cuanto a la legislación uruguaya, por el art. 319 de la Ley 15.982 de 6 de octubre de 1988, Código General del Proceso (CGP)<sup>1398</sup>. En virtud de estas disposiciones el tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, con lo que flexibiliza la carga probatoria, atemperándola a las circunstancias concretas del caso<sup>1399</sup>.

El ejemplo más claro de lo que acabamos de expresar se encuentra en el n° 5 del art. 164.2 de la LCE. En esta disposición existe un condicionamiento expreso a que se acredite que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea *fraudulenta*. El fraude, fuere cual fuere la acepción que se prefiera implica,

---

<sup>1397</sup> ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: proceso de declaración, proceso de ejecución, procesos especiales*, 7ª ed. (2012), p. 176; CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal civil: parte general*, 5ª ed. (2011), pp. 206 y 207; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y CALDERÓN CUADRADO, *Derecho jurisdiccional*, t. 2, *Proceso civil*, 20 ed. (2012), p. 231.

<sup>1398</sup> Art. 319 CGP: «Carga de la prueba

*139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.*

*139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.»*

<sup>1399</sup> ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil: proceso de declaración, proceso de ejecución, procesos especiales* (2012), pp. 176 y 177; CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal civil: parte general* (2011), pp. 206 y 207; JUAN SANJOSÉ, «Sobre la carga de la prueba», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* (2011), n° 40, p. 72; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y CALDERÓN CUADRADO, *Derecho jurisdiccional*, t. 2, *Proceso civil* (2012), p. 231.

cuando menos, un alto grado de culpabilidad. Cabría, entonces, la posibilidad de eludir la imposición de la calificación culpable, mediante la prueba de que en la salida de los bienes o derechos no existió dolo ni culpa grave. La carga de esa prueba pesa sobre el imputado en la calificación, pues es quien tiene una mejor disponibilidad para probar y mayor proximidad a la fuente de prueba o conocimiento de ésta.

En el supuesto previsto en el n° 4 del art. 164.2, el dolo se encuentra implícito en el término *alzado*. La *ocultación* implica, obviamente, un acto voluntario destinado a la consecución de un determinado efecto perjudicial para los acreedores, lo cual supone dolo. Aquí, también, si se demuestra que no hubo dolo, tampoco habría existido alzamiento, por definición. La demostración del dolo constituye una prueba diabólica para el administrador concursal pero, en cambio, su inexistencia puede surgir de elementos que están al alcance de las personas afectadas por la calificación.

Por último, en el caso del supuesto previsto en el n° 6 del art. 164.2, la utilización de la palabra *simular*, conduce necesariamente a la consideración de un elemento intencional que sólo se puede configurar a título de dolo. Por lo tanto, sería posible eludir la aplicación de este supuesto, acreditando la inexistencia de dolo en el acto que generó una apariencia patrimonial que no se condice con la realidad, prueba que, probablemente, sea relativamente fácil de aportar por las personas afectadas por la calificación culpable del concurso.

En este sentido, la AP de Palma de Mallorca, Sec. 5, por ejemplo, en un caso de calificación culpable por incumplimiento del deber de llevar la contabilidad obligatoria, comenzó por advertir que la carga probatoria es un hecho constitutivo de la demanda o petición de la administración concursal y del Ministerio Fiscal. No obstante, fundándose en el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, entendió que, cuando la administración concursal denuncia un hecho negativo –

como la ausencia de la documentación contable obligatoria – la carga probatoria corresponde al concursado<sup>1400</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, se ha entendido<sup>1401</sup> que el administrador puede quedar liberado de la condena a la cobertura del déficit, por las mismas causas de exoneración de la responsabilidad civil por daños contempladas en la legislación societaria (arts. 237 LSCE y 391 LSC).

***D. Nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia o valoración del comportamiento en relación con la actuación que determinó la calificación culpable***

Llegado a este punto, se suscita lo que constituye la principal diferencia entre quienes le atribuyen una naturaleza resarcitoria y quienes le atribuyen una naturaleza sancionatoria a la condena a la cobertura del déficit concursal. Quienes pretenden que dicha condena tiene una función sancionatoria consideran que, una vez calificado culpable el concurso, no es necesario – en ningún caso - que se acredite la existencia de un nexo causal entre la conducta del sujeto afectado por la calificación y la generación o agravamiento del daño. Quienes pretenden que tiene una función resarcitoria y consideran que estamos frente a una responsabilidad por daño, consideran que aun calificado culpable el concurso por la verificación de alguno de los supuestos legales de culpabilidad previstos en los arts. 164.2 de la LCE y 193 LC, si no es posible determinar la existencia de un nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia, no corresponde condenar por el déficit.

---

<sup>1400</sup> SAP de Palma, Sec. 5, de 16/2/2011 (ADCo 24, 2011, p. 413).

<sup>1401</sup> MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 468.

## **1. Posición que considera que para condenar a la cobertura del déficit debe acreditarse el nexo causal entre la acción u omisión del imputado y la generación o agravamiento del daño**

Según esta posición puesto que al determinar responsabilidades se debe valorar la conducta del administrador y su participación en la generación o agravación de la insolvencia, sólo si se prueba la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la conducta culposa y el daño o perjuicio será procedente la condena al administrador por el déficit concursal<sup>1402</sup>. Por lo tanto, según esta posición, no cualquier actuación dolosa o con culpa grave del concursado da lugar a esta responsabilidad, sino aquella que causa o, cuando menos, concurre en la causación de la insolvencia<sup>1403</sup>.

---

<sup>1402</sup> VILATA MENADAS, op. cit., p. 139; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley...», p. 61.

<sup>1403</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...» pp. 300 y 301; CÁMARA ÁGUILA, «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2 (2004), p. 1754; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, p. 2526.

Esta posición es coincidente con la jurisprudencia francesa, que exige para que se pueda pronunciar sentencia condenatoria por el déficit concursal, la acreditación de la existencia de nexo causal entre la acción u omisión de los afectados por la calificación culpable y la producción o agravamiento de la insolvencia. Claro que este posicionamiento es más terminante porque para condenar por déficit, en su legislación, se exige la «*faute de gestion*», cosa que no sucede en la legislación española.

No obstante, la legislación francesa no requiere que la conducta del administrador haya sido la única causa de la producción o agravamiento de la insolvencia. El *arrêt* de la S.Cass.Com. de 20/11/1993 (*Bull. civ.*, IV, n° 440) a este respecto, dictaminó lo siguiente, referido a la responsabilidad concursal del administrador: «*même si la faute de gestion qui'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif, et il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales même si cette défaillance n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles.*»

Esto es consistente con que la responsabilidad por el déficit no juegue necesariamente respecto de todos los administradores, liquidadores o apoderados generales, según ya reconocía la doctrina<sup>1404</sup> y surge del texto expreso del art. 172 bis incorporado por la reforma concursal<sup>1405</sup>. La imputación es a título individual, debiendo el juez verificar cuál ha sido la conducta seguida por cada uno de los administradores y, sobre esa base, justificar la particular condena o, en su caso, la absolución, de forma individualizada respecto de cada administrador<sup>1406</sup>.

En lo que refiere a la legislación española, el Real Decreto-ley 4/2014 dilucidó la cuestión en favor de esta primera posición, al establecer expresamente, en la nueva redacción que da al art. 172 bis de la LCE, que la condena a la cobertura del déficit concursal depende de que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

## **2. Posición que considera innecesario condicionar la condena por el déficit a la concurrencia de nexos causal con la insolvencia**

Según hemos adelantado, quienes consideran que la responsabilidad por el déficit tiene una función sancionatoria, estiman que no corresponde determinar la existencia de nexos causal entre las acciones u omisiones de los afectados que determinaron la calificación culpable y la generación o agravamiento de la insolvencia. De acuerdo con esta posición, la condena se impone - única y exclusivamente - como consecuencia de la calificación del concurso como

---

<sup>1404</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), p. 1438; MORILLAS JARILLO, *El concurso...*, p. 387; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, id. *ibid.*

<sup>1405</sup> El art. 99 de la LCF permitía la prueba de que los administradores desplegaron toda su diligencia. También, el art. L. 651-2 del CCom francés vincula la responsabilidad concursal con la negligencia en la gestión.

<sup>1406</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 144; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, p. 177; MORILLAS JARILLO, *op. cit.*, p. 387.

culpable y de la específica consideración del sujeto de que se trate como persona afectada por la calificación<sup>1407</sup>.

En especial, la tipificación de los supuestos del art. 164.2 de la LCE resuelve el problema de la determinación de una relación de causalidad concreta y haría innecesaria la prueba respecto a la gravedad de la conducta y su contribución al daño causado que, en muchas ocasiones, sería imposible de lograr<sup>1408</sup>. Es el propio legislador quien determina la gravedad de la conducta y su carácter determinante de una calificación de culpabilidad, siempre que - según advierte la doctrina - los actos u omisiones se hayan verificado en condiciones ordinarias de imputabilidad<sup>1409</sup>.

Del mero otorgamiento al juzgador de una facultad («*podrá condenar*» dispone el art. 172 bis LCE) no cabe deducir la exigencia de acreditación de un nexo causal entre la conducta de los administradores y la insolvencia, cuya existencia ya se ha comprobado para la declaración del concurso como culpable. Lo pretendido por el legislador es habilitar al juez para que pueda apreciar las circunstancias del caso concreto y decidir en consecuencia sobre la aplicación de lo que, en la práctica, supone una medida excepcional y de notoria gravedad<sup>1410</sup>.

Los argumentos que se acaban de referir, doblegados en función de la reforma incorporada por el Real Decreto-ley 4/2014 al art. 172 bis de la LCE, mantienen su vigencia respecto de la legislación uruguaya.

---

<sup>1407</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)», *RDS*, n° 39 (2012), p. 359.

<sup>1408</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, *id.*, p. 359.

<sup>1409</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», pp. 300 y 301.

<sup>1410</sup> SALAS CARCELLER, «Nuevamente sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores de la sociedad concursada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5 (2012), BIB 2012/1258, p. 4.

### 3. Jurisprudencia

#### *a. Jurisprudencia española*

Para analizar la jurisprudencia reciente del TS respecto de la necesidad o no de acreditar el nexo causal, corresponde distinguir entre las diversas fuentes de atribución de culpabilidad.

Aunque el TS negaba expresamente que la responsabilidad por el déficit cumpliera una función sancionatoria, «*sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores*», al mismo tiempo consideraba que no se corresponde con la lógica del art. 172 bis condicionar la condena a la concurrencia de nexo causal entre el comportamiento de los administradores y la causación o agravación de la insolvencia<sup>1411</sup>. En este sentido - según ya señaláramos al analizar la jurisprudencia del TS en cuanto a la función de la responsabilidad por el déficit - por ejemplo, en la STS n° 142 de 21 de marzo de 2012, descartando la pretensión de los recurrentes, en cuanto a que no habría sido demostrado en el proceso que las irregularidades en la contabilidad hubieran causado o agravado el estado de insolvencia, se ratificó la condena a la cobertura del déficit concursal<sup>1412</sup>.

En el mismo sentido, la AP de Barcelona manifestaba recientemente que la aplicación de la responsabilidad por el déficit concursal no dependía de la acreditación de la existencia de una relación de causalidad respecto de la generación o la agravación de la insolvencia. Para esta AP en tanto ha considerado que el art. 172 bis de la LCE constituye una norma de imputación de riesgos, entendió también que debía ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa establecer una conexión legal de

---

<sup>1411</sup> SSTS n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368) y n° 644 de 6/10/2011 (RJ 2012\1084) ponentes (respectivamente) CORBAL FERNÁNDEZ y FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1412</sup> STS n° 142 de 21/3/2012 (ROJ 2542\2012) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales<sup>1413</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, el TS consideró preciso señalar que la condena a la cobertura del déficit «*no es, según la letra y el espíritu de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso, sino que requiere una justificación añadida*». Para que la condena se pronuncie y, en su caso, para identificar a los obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos hoy por el art. 172 bis – la sección de calificación debe haber sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación - es necesario que el juez valore los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los afectados por la calificación, en relación en la actuación que determinó la calificación culpable del concurso. Esto es, el juez valorará los elementos del comportamiento tipificado por el resultado previsto en el apartado 1 del art. 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia – o de las conductas positivas o negativas que se describen en el apartado 2 del mismo artículo.

La necesidad de una motivación adicional ha sido considerada por algunas AP, también, como una exigencia para la condenación a la cobertura del déficit<sup>1414</sup>. Del mismo modo, el JM n° 2 de Barcelona ha considerado que la condena a la cobertura del déficit resultante de la liquidación no constituye una sanción derivada automáticamente de la calificación del concurso como culpable y de la apertura de la fase de liquidación, sino que es una responsabilidad por daño

---

<sup>1413</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 195 de 13/5/2013 (*JUR* 2013\221308) ponente RALLO AYEZCUREN.

<sup>1414</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040) ponente PÉREZ BENÍTEZ.

y por culpa en la generación o agravación de la insolvencia, que exige también la relación de causalidad entre la culpa y el daño<sup>1415</sup>.

***b. Jurisprudencia uruguaya***

En la jurisprudencia uruguaya reciente ha habido un claro pronunciamiento en el sentido de distinguir el caso de la cláusula general previsto en el art. 192 de la LC, en el cual se requiere la acreditación del dolo o culpa grave, así como del nexo de causalidad con la producción o agravación de la insolvencia, del caso de las presunciones absolutas previstas en el art. 193. En éste último caso, no sólo el legislador presume el elemento subjetivo, sino también el nexo causal. Según la jurisprudencia, en el caso de constatarse una presunción absoluta, la declaración culpable del concurso es automática<sup>1416</sup>.

**CUARTA PARTE: CONDENA AL PAGO DEL DÉFICIT EN LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN**

***Capítulo primero: La sentencia de calificación***

El incidente de calificación culmina con una sentencia de carácter constitutivo, en la medida en que crea una nueva situación jurídica (inhabilitación) y con un pronunciamiento de condena a cumplir una determinada prestación (responsabilidad concursal)<sup>1417</sup>.

En los numerales que siguen reseñaremos el contenido de esta sentencia y los recursos que contra ella pueden interponerse.

---

<sup>1415</sup> SJM n° 2 de Barcelona, n° 80 de 9/5/2006 (AC 2006\1469) ponente RIBELLES ARELLANO.

<sup>1416</sup> JLC de 1<sup>er</sup> t., n° 1278 de 20/6/2014, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1417</sup> VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, p. 115.

## I. Contenido de la sentencia

### A. Declaración del concurso como fortuito o culpable

La sentencia de calificación, en primer lugar, debe contener una declaración del concurso como fortuito<sup>1418</sup> o como culpable (arts. 163.2 y 172.1 LCE y art. 201, n° 1, LC)<sup>1419</sup>. La calificación del concurso como fraudulento ha desaparecido en las legislaciones española y uruguaya vigentes<sup>1420</sup>.

La declaración de culpabilidad supone un juicio de reproche que exige la valoración de las conductas del deudor y demás personas afectadas por la calificación, no bastando la mera constatación de la situación de insolvencia, en tanto es un presupuesto de la situación concursal. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, sus cómplices (art. 172.2.1° LCE y art. 201, n° 2, LC); la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes, así como para representar a terceros (art. 172.2.2° LCE y art. 201 n° 3, LC); la pérdida de derechos como acreedores y la condena a reintegrar los bienes y derechos que

---

<sup>1418</sup> Las legislaciones española y uruguaya vigentes no establecen ninguna mención al concurso fortuito, a diferencia de la regulación contenida en los respectivos CCom, que se referían a la quiebra fortuita; sin embargo, sí ha establecido el legislador un concepto del concurso culpable (art. 192 LC), por lo que es posible extraer una definición del concurso fortuito, desde una perspectiva negativa, como aquél que no es culpable (SJM 5 de Madrid, de 14/1/2011 [AC 2011\246]).

<sup>1419</sup> El CCom uruguayo preveía que la quiebra podía ser casual, culpable o fraudulenta (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra* [2004], p. 221).

<sup>1420</sup> El régimen de calificación previsto en el CCom español de 1885, que había permanecido prácticamente incólume hasta la aprobación de la LCE, en su art. 866 distinguía tres tipos: fortuita, culpable y fraudulenta (BACIGALUPO SAGGESE, op. cit., p. 124; BENAVIDES VELASCO y GUERRERO PALOMARES, op. cit., p. 177).

pertencieran a la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3° LCE y art. 201 n° 4, LC).

En el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener además, una condena a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (arts. 172 bis LCE y 201, § 2, LC).

### ***B. Determinación de las personas afectadas y los cómplices del concurso culpable***

En principio, la persona afectada por la calificación es el deudor concursado. Sin embargo, si el deudor es una persona jurídica, para que el concurso pueda ser calificado como culpable, la producción o agravación culpable de la insolvencia debe obedecer a una actuación u omisión de los administradores o de los liquidadores de la sociedad, tanto de derecho como de hecho. Por ello, la calificación habrá de afectar, también, en el caso de la legislación española a los administradores y liquidadores de la concursada, tanto sean éstos de derecho o de hecho, y a los apoderados generales<sup>1421</sup>. En el caso de la legislación uruguaya no está previsto, expresamente, que puedan resultar afectados por la calificación los apoderados generales pero, en cambio, se incluye a los integrantes del órgano de control interno, que no se encuentran contemplados en la LCE.

#### **1. Alcance de la expresión «*personas afectadas por la calificación*»**

A diferencia de la LC, el art. 172.2.1° de la LCE, expresamente, determina quienes pueden ser considerados *personas afectadas por la calificación*, en caso de que el concursado sea una persona jurídica. Entre estas personas se incluye a las siguientes: «*los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*».

---

<sup>1421</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*, p. 246.

Alguna doctrina uruguaya, según se adelantó, no se hace referencia expresa a los apoderados generales pero, en su lugar, se incluye entre los afectados a los integrantes de los órganos de control<sup>1422</sup>. Compartimos esta opinión, a pesar de que la calificación del concurso como culpable no depende de ninguna actuación que les sea imputable, puesto que no se encuentran incluidos entre los sujetos referidos en el § 2 del art. 192 LC. Sin embargo, en el § 2 del art. 201 se prevé que los integrantes del órgano de control interno o algunos de ellos, puedan ser condenados a la cobertura del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

En cuanto a la omisión de los apoderados generales en la LC, no impide que resulten afectados en el caso en que concurran las circunstancias para que puedan ser considerados como administradores de hecho. Así sucedía se entendía ya, pacíficamente, por la jurisprudencia española antes de que, la reforma de la LCE por la Ley 38/2011, incorporara a los apoderados generales.

## **2. Criterios para la imputación de la condición de persona afectada por la calificación**

El juicio de calificación requiere atribuir a los administradores y liquidadores – ya sean de hecho o de derecho – o a los apoderados generales de la persona jurídica concursada, la condición de personas afectadas por la calificación, como paso previo para establecer las consecuencias jurídicas que enuncian tanto los arts. 172 y 172 bis de la LCE, como el art. 201 de la LC.

### ***a. Delimitación de lo objetivamente imputable***

La doctrina señala que la determinación de quiénes son las personas afectadas por la calificación debe realizarse a partir de una idea básica: ni la atribución de la condición de persona afectada por la calificación (juicio de antijuridicidad), ni la imposición de las consecuencias jurídicas asociadas (entre ellas, la condena a cubrir el déficit) pueden superar los límites de lo

---

<sup>1422</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 200.

objetivamente imputable<sup>1423</sup>. Además, las infracciones denunciadas deben ser imputadas a título de culpa en un sentido objetivo<sup>1424</sup>.

Para ello se debe distinguir según la calificación se base en el supuesto de hecho general (arts. 164.1 LCE y 192, § 2, LC), o según se justifique por la adecuación de la conducta de los administradores, liquidadores o apoderados generales, a los supuestos legales de culpabilidad (arts. 164.2 LCE y 193 LC) o a las presunciones relativas previstas en la legislación concursal (arts. 165 LCE y 194 LC).

En el primer caso, la doctrina afirma que es preciso establecer una conexión de imputación objetiva entre el comportamiento de las personas referidas y el resultado de lesión o puesta en peligro de los derechos de crédito, pero ninguna consecuencia jurídica puede imponerse más allá de los límites que marca la posibilidad de la previsión y del dominio. Según esta premisa, los comportamientos realizados en un período de solvencia sólo son antijurídicos cuando se acredite una conexión de imputación objetiva con la generación del estado de insolvencia que determinó la apertura del procedimiento concursal<sup>1425</sup>. La aplicación del criterio de adecuación o planificabilidad permite excluir esa imputación cuando resulte imprevisible para un observador experimentado situado en la misma posición del administrador, que su comportamiento puede resultar determinante del estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores<sup>1426</sup>.

En el segundo caso - adecuación de la conducta a los supuestos legales de culpabilidad o a las presunciones relativas previstas en la legislación concursal –

---

<sup>1423</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «Responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 122.

<sup>1424</sup> STS n° 644, de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084)

<sup>1425</sup> Este criterio de imputación se encuentra definido, en forma terminante, en la doctrina penal. Vide, por todos, FEIJOO, «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal», *ADCo* n° 16 (2009), p. 49.

<sup>1426</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «Responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 28, (2013), p. 124.

la administración concursal puede limitarse a acreditar la condición de administrador o liquidador (de hecho o de derecho), o de apoderado general, porque el legislador ya ha dispuesto que la subsunción de su comportamiento a los tipos legales es suficiente para atribuir el estado de insolvencia a quienes los observaron. Sin embargo, observa la doctrina que todavía es posible que sea rechazada la atribución de la condición de persona afectada, si concurren ciertos criterios de exclusión de la imputación objetiva, como el principio de confianza. En este sentido, se opina que en ausencia de indicios que deban llevar a la desconfianza, los administradores tienen derecho a confiar en que sus predecesores en el cargo actuaron correctamente o que así lo harán quienes les sucedan tras su cese o aquellas personas en las que deleguen ciertas funciones<sup>1427</sup>.

La doctrina, asimismo, considera que procede la exclusión si el administrador prueba que empleó el cuidado debido para situarse en posición de cumplir con los deberes que integran el estándar de gestión ordenada, de conformidad a la naturaleza de la actividad de administración y teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Esta opinión parte del presupuesto de que la legislación concursal no ha establecido una responsabilidad objetiva de los administradores, sino que le ha atribuido a éstos la carga de probar que observaron la diligencia exigible<sup>1428</sup>.

Todavía, se plantea la doctrina si el estado de necesidad, fundamentado en la salvaguarda de los puestos de trabajo podría justificar, en determinados casos, la continuación de una actividad empresarial aun en perjuicio de los acreedores. La correlación en-tre poder y responsabilidad, según esta doctrina, podría servir de justificación, una vez acreditados por el imputado los hechos en que se sustentare una alegación de este tipo, según las reglas generales<sup>1429</sup>.

---

<sup>1427</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, id., p. 125.

<sup>1428</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, id. *ibid.*

<sup>1429</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, id., p. 126.

*b. Delimitación subjetiva*

Eventualmente, serán varios los posibles afectados por la calificación concursal culpable, sea porque existan apoderados generales o administradores de hecho, o sea porque el órgano de administración o liquidación esté integrado por más de un sujeto. No necesariamente todos ellos resultarán afectados por la calificación. En buena medida, esto depende de la causa de la calificación.

En el caso de que el carácter culpable del concurso viniera determinado, por ejemplo, por el alzamiento de bienes o la salida fraudulenta de bienes del patrimonio social, en la jurisprudencia se ha considerado lógico que el informe de calificación contenga una descripción individualizada de cómo cada administrador de la persona jurídica, así como otros posibles cómplices, han intervenido en tal conducta. En cambio, algunos hechos determinantes del carácter culpable del concurso afectan a la totalidad de los administradores de una sociedad, salvo supuestos excepcionales. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha entendido que puesto que el órgano de administración es quien está obligado a asegurarse de que se cumpla la obligación legal de llevanza de la contabilidad conforme a las exigencias de la normativa contable, los integrantes de dicho órgano de administración son todos responsables. Si la omisión es sustancial, de modo que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del concursado, es evidente que ello ha de deberse a la actuación intencional y, por tanto, dolosa de todos los administradores o bien a su negligencia grave al despreocuparse de sus obligaciones contables. Además, dado que para la administración concursal y para el MF no es posible penetrar en las interioridades del funcionamiento del órgano de administración ni en las motivaciones internas de cada persona afectada, no es exigible que precisen en sus respectivos informe y dictamen qué persona afectada por la calificación actuó con dolo y quien con culpa grave<sup>1430</sup>.

---

<sup>1430</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 62 de 24/3/2009 (AC 2009\771), ponente SARAZA JIMENA. Contra: SAP de Jaen, Sec. 1ª, n° 189 de 25/9/2009 (AC 2009\2049) ponente PÉREZ ESPINO. En ésta sentencia sólo se incluyó como afectado por la calificación a uno de los administradores,

### *c. Delimitación temporal*

Antes de la reforma operada en el art. 164.1 de la LCE por la Ley 38/2011 era lugar común la crítica a la falta de determinación temporal de la acción de culpabilidad<sup>1431</sup>. En su redacción actual, queda claro que sólo pueden resultar afectados por la calificación quienes hubieren tenido la condición de administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, o apoderados generales, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

El *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo ha de ser el del cese en las funciones de administrador, siempre, claro está, que no se siga desempeñando de hecho la misma función<sup>1432</sup>.

### **3. Cómplices**

Los cómplices no están comprendidos dentro del concepto de «*personas afectadas por la calificación*». Sin embargo, la calificación les afecta, puesto que de ella dependerá su eventual condena.

Está claro que, por no quedar comprendidos entre las personas afectadas por la calificación, ni referidos expresamente, tanto bajo el régimen uruguayo como el español, no están incluidos entre aquellos sobre los que puede recaer una condena a la cobertura del déficit. Sobre los cómplices sólo puede recaer condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a

---

desestimando la afectación de los otros dos, puesto que sólo aquél se encargaba de la contabilidad y estos ignoraban la ausencia de contabilidad.

<sup>1431</sup> Existían entonces, no obstante el silencio del art. 164, elementos suficientes para considerar que la legitimación pasiva había de limitarse temporalmente a los dos años anteriores a la declaración del concurso, a partir de la cita de los arts. 164.2.5º, 172.3 y 48.3.

<sup>1432</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1a, nº 432 de 26/7/2012 (*JUR* 2012\290040), ponente PÉREZ BENÍTEZ.

indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3° LCE y art. 201, n° 4, LC).

### C. Inhabilitación

La inhabilitación es la primera de las sanciones previstas en los arts. 172.2.2° de la LCE<sup>1433</sup> y 201 LC. Se trata de una sanción que el juez debe imponer de manera necesaria<sup>1434</sup>, por el solo hecho de que el concurso sea calificado culpable<sup>1435</sup>.

---

<sup>1433</sup> Esta sanción existía antes de la entrada en vigor de la LCE. En el art. 878 del CCom español se disponía que «*declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes*» y el art. 920 del CCom disponía que «*los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados*». Se entendía que la inhabilitación podría alcanzar también, a los administradores de la sociedad fallida (STS de 26/5/1998).

<sup>1434</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 2117 de 22/11/2013 (CEJ), ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1435</sup> En SAP de Asturias, sobre esta cuestión, se dictaminó lo siguiente: «*La dicción empleada por el art. 172-2 LC (RCL 2003, 1748) al expresar que “La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los si-guientes pronunciamientos” conduce a entender que dicha resolución debe comprender una serie de pronunciamientos que se configuran como de orden público o necesarios, indisponibles para las partes y sustraídos por lo tanto al principio de justicia rogada conforme a la excepción que contempla el art. 216 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), pronunciamientos entre los cuales se encuentra la sanción de inhabilitación de las personas afectadas por el concurso para administrar los bienes ajenos en tanto que, como entiende la mejor doctrina, se trata de la sanción básica que prevé el ordenamiento para reprimir las conductas tipificadas como ilícitos concursales. Por lo tanto la ausencia de una solicitud expresa de dicha sanción por parte de los legitima-dos para ello y la consiguiente privación de debate contradictorio al respecto únicamente puede llevar aparejada la consecuencia de su imposición en el grado mínimo de los dos años que señala el art. 172-2-2° LC, solución que elimina además cualquier atisbo de indefensión en cuanto se limita a respetar el contenido mínimo e imprescindible exigido por la norma, procediendo en atención a lo expuesto la desestimación del recurso.*» (SAP de Asturias, Sec. 1, de 8/1, AC 213).

Vide, también, la SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (JUR 2010\389283, ADCo, n° 13, 2008), ponente: FRIGOLA I RIERA.

## 1. Alcance objetivo

En el art. 172.2.2º LCE, la inhabilitación del concursado lo es para administrar bienes ajenos y «*para representar a cualquier persona*». No llegó a convertirse en ley, asumiendo las críticas doctrinales<sup>1436</sup> formuladas al proyecto, el texto que preveía la inhabilitación para administrar bienes propios y el nombramiento de un curador<sup>1437</sup>.

La inhabilitación conlleva la prohibición de ejercer el comercio, como consecuencia de lo previsto en el art. 13 del CCom español. No es necesaria una petición expresa a este respecto, por ser un efecto legal<sup>1438</sup>.

La LC repitió el texto de la PALC, sin advertir ni las críticas doctrinarias que mereció esta sanción en España, ni que dicha sanción fue, en definitiva, descartada por el legislador español, con el agravante de que la LC no prevé el nombramiento de un curador para el caso en que se decrete la inhabilitación para administrar los propios bienes<sup>1439</sup>.

## 2. Alcance temporal

En la LCE, la extensión de la inhabilitación va desde un mínimo de dos años, hasta un máximo de quince años. En la LC, la inhabilitación tiene un mínimo de cinco años y un máximo de veinte (verdadera muerte civil del empresario)<sup>1440</sup>. Ni

---

<sup>1436</sup> ALCOVER GARAU, «La calificación del concurso», *Estudios sobre el ante-proyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2002), p. 259.

<sup>1437</sup> PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación...», *AC-Mercantil*, n° 2/2010, p. 39.

<sup>1438</sup> SAP de Barcelona, Sec., 15, n° 16 de 20 de enero (*JUR* 2012\159412), ponente SANCHO GARGALLO. SJM n° 3 de Madrid, de 16/7/2013 (*AC* 2013\1652), ponente ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1439</sup> PARRA LUCÁN, id. *ibid*.

<sup>1440</sup> La doctrina considera excesivo este plazo (BENÍTEZ PREVE, «Las inverosímiles sanciones al quebrado», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010*

la LCE, ni la LC establecen qué parámetros han de tomarse para determinar concretamente la pena, por lo que queda sujeta a la discrecionalidad de los tribunales.

En la jurisprudencia española se ha considerado que la graduación de la inhabilitación debe atender a tres aspectos: la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración culpable del administrador en otros concursos<sup>1441</sup>. Si la culpabilidad se sustenta únicamente en irregularidades contables, las sentencias españolas oscilan entre dos y cinco años de inhabilitación. Aun siendo relevantes por ocultar una causa de disolución mediante la omisión de garantías comprometidas o de la dotación de provisiones, el TS mantuvo una inhabilitación por tres años dispuesta por la AP de Madrid<sup>1442</sup>. También, se ha tomado en cuenta, a los efectos de aminorar la pena, la efectiva presentación del concurso que supuso el término de las irregularidades contables imputadas<sup>1443</sup>.

En la jurisprudencia uruguaya se ha expresado que la condena a la inhabilitación debe ser apreciada conforme a la regla de la sana crítica de acuerdo a la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, teniendo especial relevancia el concreto actuar de los distintos sujetos afectados en particular en cuanto al dolo o culpa grave con que actuaron así como la disminución patrimonial y el grado de afectación a terceros<sup>1444</sup>. Sin embargo, del análisis de las pocas sentencias que hasta el momento se han dictado no surge claramente qué sería concretamente lo determinante de una mayor o menor extensión de la inhabilitación.

---

[2010], pp. 597 y 598]; BUGALLO MONTAÑO, *Derecho concursal uruguayo, Serie Manuales*, n° 2 [2012], p. 188).

<sup>1441</sup> SJM n° 3 de Madrid, de 16/7/2013 (AC 2013\1652), ponente: ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1442</sup> STS n° 994 de 16/1/2012 (ROJ 525\2012, RJ 2012/3649) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1443</sup> SJM n° 1 de Madrid, n° 43 de 24/7/2007 (JUR 2010\389283, ADCo, n° 13, 2008) ponente FRIGOLA I RIERA.

<sup>1444</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 2117 de 22/11/2013 (CEJ) ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

En la jurisprudencia uruguaya y española se inhabilitó por cinco años a administradores de derecho o de hecho, en los casos siguientes:

- omisión de llevar la contabilidad con las formalidades legales, irregularidades relevantes y falsedad en la documentación presentada<sup>1445</sup>;
- alzamiento, abandono de la administración, doble contabilidad o falsedad en la contabilidad, incumplimiento del deber de solicitar el concurso y de cooperar con la sindicatura, omisión en la preparación en tiempo y forma los estados contables anuales<sup>1446</sup>;
- insuficiencia o inadecuación manifiesta de los fondos o bienes propios de la sociedad concursada para el ejercicio de la actividad a que se dedicaba, durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso dentro de los treinta días siguientes al conocimiento real o debido de la insolvencia<sup>1447</sup>;
- salida indebida de bienes o derechos del patrimonio de la sociedad deudora antes de la declaración del concurso, alzamiento con parte de los bienes sociales en perjuicio de los acreedores, incumplimiento del deber de cooperación con los órganos concursales por no haber facilitado información necesaria o conveniente para el interés del concurso y por no haber asistido a la junta de acreedores<sup>1448</sup>.
- inactividad tanto del administrador de hecho como del administrador de derecho, que permitió que un colaborador de la entidad concursada alterara un proyecto inmobiliario, provocando un espectacular aumento del coste

---

<sup>1445</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013 ponente RODRÍGUEZ MASCARDI (CEJ).

<sup>1446</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 1311 de 30/6/2013 (CEJ) ponente RODRÍGUEZ MASCARDI. Esta sentencia fue revocada por la misma Sede por sentencia n° 2117 de 22/11/2013.

<sup>1447</sup> SJLC de 2° t., n° 818, de 6/6/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1448</sup> SJLC de 2° t., n° 372 de 2/4/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

económico de la obra que determinó la insuficiencia de tesorería para absorberlo y generó deudas impagadas y paralizaciones de la obra<sup>1449</sup>;

En una sentencia muy reciente, se condenó a diez años de inhabilitación en el caso de una calificación culpable por realizar actos de disposición patrimonial con la finalidad de dificultar o impedir la eficacia de las ejecuciones contra la sociedad concursada, por haber cometido omisión o falsedad en la contabilidad y en la documentación adjuntada, y por haber incumplido el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso<sup>1450</sup>.

La inhabilitación fue extendida a quince años por apreciar la circunstancia siguiente: falta u ocultamiento de documentación contable y el alzamiento del administrador<sup>1451</sup>.

Los jueces uruguayos inhabilitaron a administradores por el término de veinte años en los casos siguientes:

- no presentación en tiempo de la solicitud de concurso, falta de colaboración de la concursada e incomparecencia a la junta de acreedores<sup>1452</sup>;
- concurso declarado culpable en virtud de la omisión de la deudora de llevar contabilidad en legal forma, de solicitar la declaración judicial del concurso y del deber de cooperación<sup>1453</sup>.

En otro orden de cosas, corresponde recordar que si el concurso fue calificado como culpable a pesar de haberse aprobado un convenio, se genera una cierta incompatibilidad entre la preceptividad de la condena de inhabilitación y el

---

<sup>1449</sup> SAP de Zarazoga, Sec. 5ª, n° 606 de 18/10/2010 (AC 2010\1798), ponente MARTÍNEZ ARESO.

<sup>1450</sup> SJLC de 2º t., n° 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1451</sup> SJLC de 1º t., n° 2117 de 22/11/2013 (CEJ), ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1452</sup> SJLC de 1º t., n° 1278 de 20/6/2014, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1453</sup> SJL Concursal de 2º t. n° 2331 de 22/12/2011 (CEJ) ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

cumplimiento del convenio. La jurisprudencia española ha resuelto esa contradicción, mediante la suspensión de la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el período de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio, se procede a la remisión de la sanción impuesta. Para el caso de incumplimiento, queda ya proveído en la sentencia de calificación que se deberá dar cumplimiento íntegro de la sanción de calificación<sup>1454</sup>.

### 3. Alcance subjetivo

En la LCE se establece que la inhabilitación alcanza a «*las personas afectadas por la calificación*» (art. 172.2.2º). Entre estas personas puede estar el administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora (art. 172.2.1º).

En general, se entiende que la calificación no afecta a los cómplices, a los que la LCE extiende expresamente los efectos patrimoniales de la calificación culpable, pero que no están, en cambio, mencionados en el nº 2 del art. 172.2, en el que se establece la inhabilitación<sup>1455</sup>. Contrariamente, algunos autores consideran que el propio deudor concursado y sus cómplices deben declararse inhabilitados, aunque la LCE no lo disponga expresamente, para no llegar, sobre todo, al absurdo de que el deudor culpable no resultara, también, inhabilitado<sup>1456</sup>.

---

<sup>1454</sup> SJM nº 7 de Madrid, nº 182 de 11/4/2008 (*JUR* 2008\357081) ponente SENENT MARTÍNEZ.

<sup>1455</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2 (2004), p. 2588; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 716; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, p. 179; PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado...», p. 37.

<sup>1456</sup> COLÁS ESCANDÓN, «Comentario a los artículos 172 y 173 de la Ley Concursal», *Comentarios a la ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, p. 1803; RAMOS MONTESA, «Art. 172, Sentencia de calificación», *Nueva Ley Concursal...* (2004), p. 744.

El n° 3 del art. 210 de la LC precisa expresamente el alcance subjetivo de la inhabilitación, dentro del cual incluye al deudor, a los administradores o liquidadores (aun de hecho) y a los miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora. Es claro, entonces, que la inhabilitación no alcanza a los cómplices.

#### 4. Inhabilitaciones dispuestas por otras normas

En diversas normas se inhabilita al concursado para acceder a determinados cargos o funciones públicas<sup>1457</sup> o para intervenir en contratos con las Administraciones Públicas<sup>1458</sup>.

Asimismo, merecen atención las normas que, en textos legales diversos, excluyen al concursado de la administración de bienes ajenos. En algunos casos su redacción es anterior a la LCE y vincula la *inhabilidad* a la mera declaración del concurso y no a su calificación como culpable, lo que no resulta coherente con la actual legislación concursal. Por eso se ha defendido, seguramente con razón,

---

<sup>1457</sup> Conforme al art. 7.3 Rn. (RCL 1944, 994 y RCL 1945, 57) «*carecen de aptitud para ingresar en el notariado (...) los que se hallaren declarados en situación de prodigalidad, los quebrados no rehabilitados y los concursados no declarados inculpables*». Conforme al art. 280.1° Lh. (RCL 1946, 886), «*no podrán ser registradores los fallidos o concursados que no hayan obtenido rehabilitación*». Conforme al art. 44.3 EOMF (RCL 1982, 66, 773), están «*incapacitados*» para el ejercicio de las funciones fiscales los concursados no rehabilitados (redacción de la norma dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre (RCL 2007\1851), que suprimió la referencia que además se contenía a los quebrados).

<sup>1458</sup> Bajo el título «*prohibiciones de contratar*», el art. 49.1.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (modificado por art. 7 de RDL n° 5/2011, de 29 de abril), de contratos del sector público, establece que «*no podrán*» contratar con las administraciones públicas las personas en las que concurra, entre otras circunstancias, la de «*haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*».

a la vista del régimen dispuesto en los arts. 40 y 172 LCE, que pese a la literalidad de algunas de las normas que así lo establecen, la declaración de concurso no supone una inhabilidad para ser tutor, curador o defensor judicial (arts. 244.5, 247, 291, 301 CCE), inhabilidad que sólo resultaría, en su caso, de la declaración del concurso como culpable<sup>1459</sup>. En cualquier caso, es evidente que todas las normas que excluyen al concursado de determinados cargos deben ser interpretadas teniendo en cuenta la finalidad que se persigue con la prohibición pero, también, el cambio operado en esta materia por la LCE<sup>1460</sup>. En algunas de estas normas, de manera coherente con la anterior regulación, la inhabilitación cesaría con la rehabilitación<sup>1461</sup>, lo que tampoco encaja con la vigente ley concursal<sup>1462</sup>.

---

<sup>1459</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 40», *Comentarios a la Ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, t. 1 (2004), p. 363; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado* (2006), p. 145; PAU PEDRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado* (2004), p. 66.

<sup>1460</sup> En las leyes reguladoras de la tutela se establece, con diferencias, la inhabilidad para ocupar cargos tutelares como consecuencia del concurso. El 244.5 CCE (LEG 1889, 27) (que no ha sido modificado tras la aprobación de la LCE), establece que «no pueden ser tutores los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona». Bajo el título de «incapacidad», el art. 186.1.e) del Código de Familia de Cataluña de 1998 (LCAT 1998, 422, 521) establece que «no pueden ser tutores ni administradores patrimoniales de los bienes quienes hayan quebrado o no estén rehabilitadas de un concurso de acreedores, salvo que la tutela no incluya la administración de los bienes». El art. 111.1.i) de la Ley aragonesa de Derecho de la persona (LARG 2006, 404) (aprobada en el año 2006, teniendo ya a la vista la ley concursal), establece que no pueden ser titulares de funciones tutelares «las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación», salvo que haya dispensa en la delación voluntaria.

<sup>1461</sup> El derogado art. 920 CCom español establecía que los quebrados fraudulentos no podrían ser rehabilitados, pero los demás podrían serlo si cumplieron el convenio o, mediante pagos posteriores, satisficieron todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento (art. 921

La inhabilitación produce, también, la consecuencia, como ya hemos dicho, de inhabilitar para el ejercicio de la actividad empresarial mientras no concluya el período fijado en la sentencia de calificación del concurso (art. 13.2 CCom español, redacción otorgada por la disposición final 2ª LCE)<sup>1463</sup>. La doctrina califica esta medida de sanción que se dirige a proteger el tráfico frente a sujetos que podrían volver a actuar de la misma manera, procurando evitar una nueva situación de insolvencia y los consiguientes perjuicios<sup>1464</sup>.

Las personas inhabilitadas conforme a la LCE, mientras no ha-ya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, tampoco podrán «*tener cargo ni intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales*» (art. 13.2º CCom español)<sup>1465</sup>.

---

CCom español). También, se producía la habilitación para el ejercicio del comercio con la autorización de los acreedores en el convenio (antigua redacción del art. 13 CCom español). Con la inhabilitación cesaban todas las «*interdicciones legales*» producidas por la quiebra. Sobre el procedimiento, requisitos y efectos de la rehabilitación, vid., MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado* (1993) pp. 289 y ss. Sobre la rehabilitación del concursado, GULLÓN, "Artículo 1914", *Comentario del Código Civil*, t. 2, dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALVADOR CODERCH (1993), p. 2060.

<sup>1462</sup> PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales...», p. 41.

<sup>1463</sup> La prohibición para el ejercicio del oficio de mercader es una constante en el tiempo en todas las regulaciones de los procedimientos concursales desde las tempranas normas del Derecho estatutario italiano del Medioevo. A pesar de que en los antecedentes del Derecho concursal tradicional la regulación de la quiebra ofrece un importante rasgo represor, la prohibición de ejercer el comercio hasta el pago íntegro de las obligaciones no posee tanto un carácter sancionador como naturaleza de medida cautelar, en la medida en que se entiende que de lo que se trata es de impedir que ejercite una actividad empresarial quien ha demostrado los perjuicios que puede causar a terceros (SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell' età intermedia*, pp. 130 y ss.).

<sup>1464</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y MARTÍNEZ FLÓREZ, «Disposición final 2ª», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2004), p. 3106.

<sup>1465</sup> PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales...», p. 41.

## 5. La inhabilitación como prohibición y sus consecuencias

La doctrina califica la inhabilitación para administrar bienes ajenos como una prohibición que encontraría su fundamento en la incapacidad demostrada en la gestión del propio patrimonio y en la necesidad de proteger a los titulares de aquellos patrimonios de una posible administración descuidada<sup>1466</sup>. Luego, se ha considerado que procede calificar los actos llevados a cabo por un inhabilitado en contra de la sentencia de inhabilitación como absolutamente nulos, por aplicación del art. 6.3 CCE<sup>1467</sup>.

Con mejor criterio, en nuestra opinión, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO ha cuestionado que los actos contrarios a una prohibición deban ser necesariamente nulos<sup>1468</sup>. En efecto, carece de sentido la nulidad de los actos realizados por el inhabilitado contra la prohibición de ejercer el comercio (art. 13 CCom) porque ello implicaría que el propio concursado podría hacer valer la nulidad de sus propios actos para negarse a cumplir<sup>1469</sup>.

Resulta más conveniente valorar, para cada hipótesis concreta, cómo se alcanza mejor la finalidad perseguida por la inhabilitación. Si el acto o contrato de que se trate no se ha cumplido es posible que al tercero le interese hacer valer esa nulidad si resulta relevante para él la condición, la aptitud o la tacha de su

---

<sup>1466</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad...*, p. 145.

<sup>1467</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ y MARTÍNEZ FLÓREZ, «Disposición final 2ª», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, p. 3107; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, p. 2590; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, p. 182; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, pp. 152 y 153; MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 471; SÁNCHEZ PACHÓN, «La prohibición del ejercicio del comercio a los inhabilitados por concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal...*, t. 2 (2005), p. 2355.

<sup>1468</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «El empresario», *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, 11 ed. (2013), p. 71.

<sup>1469</sup> PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales...», p. 50.

contraparte contractual, pero si como consecuencia del contrato puede recibir un bien o servicio que desea obtener no se ve la razón por la que una norma que establece una prohibición y que se dirige a sancionar al concursado inhabilitado pero, también, a limpiar el mercado de sujetos que merecen escasa confianza, deba acabar perjudicando a quien haya contratado con él. Si el contrato celebrado por el inhabilitado contra la prohibición ha sido defectuosamente cumplido, al tercero le puede resultar más conveniente ejercitar una acción de cumplimiento, o negarse a pagar por incumplimiento, pero no porque el contrato deba calificarse de nulo. Para comprender las consecuencias de la nulidad que aquí se rechazan basta considerar que la norma no pretende proteger al inhabilitado y, sin embargo, si se admite la nulidad de los actos que otorgue, podría ampararse en la misma para no cumplir y a la vez retener una prestación realizada por la otra parte por el tiempo que haya durado el contrato hasta ese momento (si es de tracto sucesivo, por ejemplo)<sup>1470</sup>.

Desde otra perspectiva, es discutible si la actuación del con-cursado que incumple la sentencia de calificación constituye quebrantamiento de condena, conducta tipificada como delito en el art. 468 CP<sup>1471</sup>. Aunque algún sector doctrinal así lo ha apuntado<sup>1472</sup>, conviene señalar que, de manera unánime, la doctrina penalista considera que la condena a que se refiere el art. 468 debe ser una condena penal, lo que excluye el tipo penal cuando se incumple la sanción que se haya podido imponer en una resolución judicial de cualquier otro orden jurisdiccional<sup>1473</sup>.

---

<sup>1470</sup> PARRA LUCÁN, id., p. 51.

<sup>1471</sup> El art. 468 del CP, en su apartado 1 dispone: «*Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*»

<sup>1472</sup> MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores...*, p. 182.

<sup>1473</sup> Por todos, SUÁREZ LÓPEZ, *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español* (2000), pp. 288 y ss.

## ***D. Condenas de contenido patrimonial***

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 172.2.3° de la LCE, la sentencia de calificación del concurso debe contener un pronunciamiento respecto de la «pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa» y la «condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa», así como a «indemnizar los daños y perjuicios causados»<sup>1474</sup>. El n° 4 del art. 201 de la LC, también, dispone, también, respecto del contenido condenatorio patrimonial de la sentencia de calificación, con algunas variantes que se referirán a continuación.

### **1. Pérdida de derechos**

La pérdida de derechos como acreedor es un pronunciamiento complementario necesario de la sentencia<sup>1475</sup>. La legislación concursal no permite una modulación de esta condena<sup>1476</sup>.

En el caso de la LCE, este pronunciamiento alcanza tanto a los cómplices como a las personas afectadas por la calificación, incluyendo a los administradores de hecho. En cambio, en la LC, se limita a los cómplices.

El art. 172.2.3° de la LCE se refiere a la pérdida de los derechos que se tuvieron «como acreedores concursales o de la masa». El art. 201 de la LC, en cambio, se refiere exclusivamente a la pérdida de derechos que tuvieron los cómplices «como acreedores concursales». En nuestra opinión, sin embargo,

---

<sup>1474</sup> La previsión de una responsabilidad por los daños y perjuicios causados ha llevado a considerar redundante la responsabilidad por el déficit, que se analizará más adelante, por lo que se ha aconsejado la supresión de esta última. Vide: GÓMEZ MARTÍN, *Comentarios a la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal* (2010), p. 639.

<sup>1475</sup> SJM n° 3 de Madrid, de 16/7/2013 (AC 2013\1652), ponente: ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1476</sup> SSAP de Madrid, Sec. 28, n° 81 de 9/3/2012 (JUR 2012\209004) y n° 194 de 17/7/2008 (JUR 2008/290874) en ambas ponente GARCÍA GARCÍA.

debe realizarse una interpretación amplia de la expresión utilizada por el legislador uruguayo, comprensiva de todos los derechos de créditos del cómplice.

## 2. Condena a la devolución de bienes o derechos

En el art. 172.2.3° de la LCE se establece que la sentencia de calificación del concurso debe contener un pronunciamiento respecto de la «*condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa*». El art. 201 de la LC utiliza otro giro: «*condena a reintegrar los bienes y derechos que pertenecieran a la masa activa*».

Ni en la legislación española, ni en la uruguaya se establece cómo se efectuaría ese reintegro. Alguna doctrina es de la opinión de que sería aplicable el régimen de las acciones de reintegración prevista respecto de los actos perjudiciales para la masa activa (arts. 71-73 LCE y arts. 80-82 LC)<sup>1477</sup>.

La jurisprudencia española distingue según se trate de la devolución de bienes *obtenidos* antes de la declaración de concurso o de los bienes *recibidos* de la masa activa con posterioridad al concurso<sup>1478</sup>. En el primer caso, la condena a la devolución estaría sujeta al principio de rogación y en el segundo no<sup>1479</sup>.

En todo caso, se requiere la identificación de los bienes o derecho sujetos a devolución. No correspondería, según la jurisprudencia, una condena genérica a la devolución<sup>1480</sup>. De no identificarse bienes concretos que se hallaren en el supuesto, no se acredita un interés real en la petición y no atañe a la función de

---

<sup>1477</sup> MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 471.

<sup>1478</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 266 de 16 de junio (*JUR* 2011\362207), ponente SANCHO GARGALLO.

<sup>1479</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30/12/2008 (*ROJ* 12269/2008; *ADCo*, 17, 2009-2, pp. 552 y ss.), ponente: SANCHO GARGALLO.

<sup>1480</sup> SAP de Alicante, Sec. 8ª, n° 12 de 13/1/2009 (*ROJ* 41\2009; *JUR* 2009\129977), ponente: SOLER PASCUAL.

tutela jurisdiccional la imposición de condenas hueras o sobre hechos no verificados<sup>1481</sup>.

### 3. Condena a indemnizar de los daños causados

Tanto la legislación concursal española como en la uruguaya, se establece que la sentencia de calificación del concurso contendrá un pronunciamiento respecto a «*indemnizar los daños y perjuicios causados*».

En la anterior redacción de la LCE, ésta responsabilidad se encontraba sólo prevista en el art. 172.2.3º, con una redacción similar a la del nº 4 del art. 201 de la LC. En estas disposiciones, la referencia a un pronunciamiento de condena a indemnizar se encuentra a continuación de la mención del pronunciamiento relacionado con la pérdida de derechos que tuvieron como acreedores concursales las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices.

La Ley 38/2011, sin eliminar ni modificar la responsabilidad establecida en el art. 172.2.3º de la LCE, sustituye el § 3 del art. 172 por otro en el que se establece que la sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

A pesar del sentido imperativo de estas normas respecto de que este tipo de condena debe integrar el contenido de la sentencia de calificación, la jurisprudencia española ha considerado que debe rogarse de modo concreto<sup>1482</sup>.

La referencia a los daños y perjuicios *causados*, implica la comprobación de un nexo causal con la participación del cómplice en la producción o agravación de la insolvencia<sup>1483</sup>. El daño indemnizable, entonces, es el causado a la masa por

---

<sup>1481</sup> SJM nº 3 de Madrid, de 16/7/2013 (AC 2013\1652), ponente: ALEMANY EGUIDAZU.

<sup>1482</sup> SAP de Orense, Sec. 1ª, nº 293 de 29/6/2012 (AC 2012\536) ponente OTERO SEIVANE.

<sup>1483</sup> STS nº 501 de 16/7/2012 (ROJ 5172\2012; RJ 2012/9330) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS.

los actos que específicamente ha llevado a cabo el cómplice, a diferencia de la condena a la cobertura del déficit patrimonial dispuesta en el § 2 del art. 201, que eventualmente afectará a los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno<sup>1484</sup>.

De acuerdo con lo que ya disponía la doctrina<sup>1485</sup> y jurisprudencia<sup>1486</sup> anterior a la reforma incorporada por la Ley 38/2011, la responsabilidad prevista en el art. 172.2.3º se limita a los daños ocasionados a los bienes y derechos que son objeto de reintegración, por la privación temporal del derecho o del bien en cuestión o por las ganancias dejadas de obtener. En la jurisprudencia se ha considerado que no es posible dar una interpretación más amplia a esta responsabilidad, sin invadir el ámbito de la responsabilidad por el déficit concursal o de la acción social de responsabilidad<sup>1487</sup>.

En cambio, la responsabilidad adicionada por el art. 172.3, en la redacción dada por la Ley 38/2011, debe incluir todos los daños y perjuicios ocasionados por lo cómplices que no tuvieran la condición de acreedores. Esta norma no limita ni vincula de forma alguna los daños y perjuicios a la reintegración de bienes y derechos, sino que simplemente se refiere establece « *a indemnización de los daños y perjuicios causados*», sin ninguna otra precisión<sup>1488</sup>.

Alguna doctrina llama la atención respecto a que la especificación subjetiva que realiza el actual art. 172.3 de la LCE respecto a los «*cómplices que no tuvieran la condición de acreedores*» resulta confusa y superflua, ya que las

---

<sup>1484</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 200.

<sup>1485</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2, *Contratos mercantiles, Derecho de los títulos valores, Derecho concursal* (2013), p. 642; MORILLAS JARILLO, «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 7 (2007), p. 73; VICENT CHULIÁ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, n° 4 (2006), p. 56.

<sup>1486</sup> SJM 1 de La Coruña de 20/6/2006 (AC 2007\203).

<sup>1487</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 21/2/2008 (JUR 2008/318271).

<sup>1488</sup> MORALES BARCELÓ, *op. cit.*, p. 472.

personas declaradas cómplices pierden por ello cualquier derecho que tengan como acreedores concursales o de la masa. Así lo dispone el art. 172.2.3<sup>o</sup> <sup>1489</sup>.

#### **4. Condena a la cobertura del déficit concursal**

No existe un criterio legal preciso al que deba atenerse el órgano judicial, tanto en su decisión de imponer o no la responsabilidad concursal de los administradores, como en el *quantum* indemnizatorio, como en la determinación, por ejemplo, de si existe o no solidaridad <sup>1490</sup>. En este sentido se ha dicho, con razón, que el régimen de responsabilidad por el déficit concursal adolece de una falta de tipificación intolerable <sup>1491</sup>.

Eso, en definitiva no se alteró sustancialmente con la reciente reforma de la legislación española. El art. 172 bis simplemente establece que el juez «*podrá condenar*» a los administradores, liquidadores o apoderados generales, de derecho o de hecho, a la cobertura, total o parcial, del déficit <sup>1492</sup>.

Dedicaremos el quinta parte de este trabajo al estudio de esta condena, por su evidente relevancia para nuestra tesis.

## **II. Recursos**

### ***A. Recurso de apelación***

Están legitimados para la interposición del recurso de apelación, todos los que hubieran sido parte en la sección de calificación (art. 172 bis, § 4, LCE). La

---

<sup>1489</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil*, pp. 1574 y 1575.

<sup>1490</sup> VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, p. 81.

<sup>1491</sup> ALCOVER GARAU, «Introducción al régimen...», p. 502.

<sup>1492</sup> En el régimen derogado, la condena al pago del déficit concursal estaba regulada en el art. 172.3 de la LCE. Según el tenor de este artículo, la eventual condena consistiría en «*pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*».

apelación debe prepararse dentro de los cinco días contados desde la notificación de la sentencia y ante el juez que la dictó (art. 457 LEC) e interponerse dentro del plazo de 20 días desde que se tenga por preparado el recurso<sup>1493</sup>.

Los administradores sociales, tienen la carga procesal de la impugnación de los pronunciamientos desfavorables de la sentencia de calificación, para evitar que adquieran firmeza. No obstante, por aplicación de las normas procesales generales, la declaración de rebeldía de los administradores no supone allanamiento ni admisión de los hechos invocados por la administración concursal en su informe, ni obsta la impugnación de la sentencia de calificación en los extremos que les sean desfavorables (arts. 448.1 y 500 LEC)<sup>1494</sup>.

En cambio, la entidad concursada carece de legitimación ex-traordinaria para impugnar los pronunciamientos de la sentencia de calificación del concurso culpable, en tanto afectan exclusivamente a los administradores<sup>1495</sup>.

#### ***B. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal***

Resuelto el recurso de apelación, en virtud del art. 197.6 de la LCE, cabe aún interponer recurso de casación y extraordinario por infracción procesal<sup>1496</sup>. Con esto se rompe con el criterio jurisprudencial que negaba el acceso a la casación a las resoluciones dictadas en la materia, desde la STS de 24 de junio de 1881<sup>1497</sup>.

---

<sup>1493</sup> RAMOS MONTESA, op. cit., p. 752.

<sup>1494</sup> SENÉS MOTILLA, op. cit., pp. 315 y 319.

<sup>1495</sup> SENÉS MOTILLA, id., p. 319.

<sup>1496</sup> COLÁS ESCANDÓN, «Comentario a los artículos 172 y 173...», *Comentarios a la ley concursal...*, v. 2, p. 1805.

<sup>1497</sup> RAMOS MONTESA, op. cit., p. 752.



## *Capítulo segundo: Condena a la cobertura del déficit patrimonial*

### **I. Sobre el carácter preceptivo o discrecional de la condena por el déficit concursal**

En el art. 172.1 de la LCE se dispone que la sentencia «*declarará*», en el art. 172.2 se indica que la sentencia «*contendrá*» y en el § 1 del art. 172, se establece que la sentencia «*podrá condenar*». En forma similar, en el acápite del art. 201 de la LC se dispone que la sentencia que declare culpable al concurso «*tendrá*» un determinado contenido, mientras que en el § 2 del art. 201 se indica que la sentencia «*podrá contener*» una sentencia de condena a la cobertura del déficit.

En el diverso tenor de los verbos utilizados, se originan las diversas interpretaciones respecto al carácter preceptivo o facultativo de la condena por el déficit concursal.

#### ***A. Posición que atribuye carácter facultativo de la condena a la cobertura del déficit***

Buena parte de la doctrina y jurisprudencia española considera que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal. Se entiende que, dado el giro utilizado por el legislador («*podrá condenar*») en el art. 172 bis § 3 de la LCE - equivalente al art. 201, § 2 de la LC - el juez tiene la opción de condenar o no condenar, así como podrá determinar el grado de la responsabilidad y su extensión subjetiva, en función de la culpabilidad y la concreta imputabilidad de todos o algunos de los afectados por la calificación. Se dice que si el artículo utiliza el verbo *poder*, significa que tanto puede condenar como no condenar<sup>1498</sup>.

---

<sup>1498</sup> GUERRERO LEBRÓN, «La sección sexta del concurso: la calificación», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, coord. ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN (2009), p. 436; MARTÍN

De modo que, en la opinión de esta doctrina, si la sección de calificación ha sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia «*podrá condenar*» o no, y en caso afirmativo, la sentencia determinará si la condena alcanzará a todas las personas referidas en la norma o sólo a alguna de ellas y, por último, si se condenará a pagar la totalidad o sólo parte del déficit.

## 1. Jurisprudencia española

En la posición que actualmente sustenta la jurisprudencia del TS, enunciada en la STS n° 644 de 6 de octubre de 2011, la condena de los administradores por el déficit no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable. Para pronunciar condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes expresamente impuestos por el propio apartado del art. 172 bis, el TS ha entendido necesario valorar conforme a criterios normativos y fundamentar el reproche necesario en los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social y determinado la calificación del concurso como culpable<sup>1499</sup>.

---

REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, p. 877; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Reflexiones sobre la calificación del concurso...» (2005), p. 5011; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *Aranzadi Civil*, n° 1 (2009), pp. 15-49; SANCHO GARGALLO, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 413.

<sup>1499</sup> SSTS n° 644 de 6/10/2012 (*RJ* 2012\1084); n° 459 de 19/7/2012 (*ROJ* 6086/2012), n° 501 de 16/7/2012 (*RJ* 2012/9330); n° 368 de 20/6/2012 (*ROJ* 4589\2012); n° 142 de 21/3/2012 (*ROJ* 2542\2012) y n° 644 de 6/10/2011 (*RJ* 2012\1084).

Así, también, ha sido entendida la cuestión en la jurisprudencia reciente de los Juzgados de lo Mercantil. Por ejemplo, en su sentencia de 17 de setiembre de 2013, el JM n° 3 de Vigo, siguiendo la jurisprudencia del TS en cuanto a que la responsabilidad por el déficit concursal no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable, sino que requiere de una *justificación añadida*, no condenó en suma alguna a los sujetos que resultaron afectados por la calificación culpable. En el caso, el Juez consideró que existe una manera eficaz de cuantificar qué parte del déficit resultante de la liquidación se debe a las irregularidades contables, aun admitiendo su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor. Se entendió, además, que esas irregularidades no eran capaces de motivar la insolvencia ni el incremento del pasivo<sup>1500</sup>.

## 2. Jurisprudencia uruguaya

Según se desprende implícitamente de sentencias que omiten condenar por el déficit concursal<sup>1501</sup> y expresamente de una sentencia muy reciente<sup>1502</sup>, la jurisprudencia uruguaya considera que, a pesar de considerarse culpable al

---

<sup>1500</sup> SJM n° 3 de Vigo, de 17/9/2013 (AC 2013\1837) ponente BLANCO SARALEGUI.

<sup>1501</sup> SSJLL en lo Concursal de 1<sup>er</sup> t., n° 1311 de 28/8/2013, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI y de 2° t., n° 2331 de 22/12/2011 (CEJ) ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1502</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 2117 de 22/11/2013 (CEJ), ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI. No obstante, por esta sentencia se revoca la anteriormente citada n° 1311 de 28/8/2013 en consideración a que, en el caso la sindicatura propuso la condena a la cobertura de la totalidad del déficit y resultó probado en el incidente de calificación que el administrador de la concursada literalmente desapareció del país, abandonando completamente la empresa y a todos los trabajadores de la fábrica a su suerte, así como a los proveedores y acreedores en general. La sindicatura, por otra parte, invocó y probó las presunciones de culpabilidad siguientes: omisión en la contabilidad (presunción absoluta n° 4, art. 193 LC); omisión del deber de solicitar la declaración judicial de concurso dentro del término legal (presunción relativa, n° 1, art. 194); e incumplimiento del deber de cooperación con los órganos concursales e inasistencia a la junta de acreedores (presunción relativa, n° 2, art. 194). En la sentencia n° 2117 de 22/11/2013 se amplía la condena de inhabilitación de 5 a 15 años y se condena al administrador de la concursada a cubrir la totalidad del déficit patrimonial.

administrador de la concursada, la condena no es preceptiva. La jurisprudencia funda su parecer en el argumento de que el § 2 del art. 201 de la LC utiliza la palabra *podrá* al referirse a la condena a la cobertura del déficit como contenido de la sentencia de calificación.

Aunque sin expresar fundamento, se omitió pronunciar condena a la cobertura por el déficit concursal, en la primera de las sentencias que acude al concepto de administrador de hecho para incluir entre las personas afectadas por la calificación a uno de los socios de la concursada. La gravedad de los fundamentos que motivaron la calificación culpable parecería ameritarlo, a saber: salida indebida de bienes o derechos del patrimonio de la sociedad deudora antes de la declaración del concurso, alzamiento con parte de los bienes sociales en perjuicio de los acreedores, incumplimiento del deber de cooperación con los órganos concursales por no haber facilitado información necesaria o conveniente para el interés del concurso y por no haber asistido a la junta de acreedores. No obstante, corresponde advertir que a estar a lo que surge de los resultados de la sentencia, ni la sindicatura ni el MP habrían propuesto esa condena en su informe de calificación<sup>1503</sup>.

### ***B. Posición que atribuye carácter preceptivo de la condena a la cobertura del déficit***

Sin perjuicio de la doctrina y jurisprudencia reseñadas existe, también, importante doctrina<sup>1504</sup> y jurisprudencia<sup>1505</sup> que considera que la condena al pago

---

<sup>1503</sup> SJLC de 2° t., n° 372 de 2/4/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1504</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administrado-res...», *Comentarios a la legislación concursal* (2004), pp. 1436 y 1437; CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 203; GALLEGO SÁN-CHEZ, «Calificación...», p. 504; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002* (2003), p. 305; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC...», *AC*, n° 1 (2009), pp. 15-49;

del déficit concursal es preceptiva. Según la doctrina, la condena vendría a ser una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable, siempre que la sección de calificación se hubiera formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación<sup>1506</sup>. Corresponde señalar, a este respecto, que en la legislación uruguaya no es indispensable la apertura de la fase de liquidación. El art. 201 de la LC, para poder condenar por el déficit, sólo exige que el concurso haya sido declarado culpable. De acuerdo con lo previsto en el § 2 del art. 196, el incidente de calificación igualmente se forma aunque se hubiere alcanzado un convenio, si el concurso es necesario y si el convenio no permite la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo máximo de dos años.

La doctrina y jurisprudencia que sustenta esta posición priva de significado al verbo *poder* utilizado en el precepto en análisis, por considerar que tiene un sentido neutro y que no es expresión de una voluntad del legislador de atribuir una auténtica facultad al juzgador para decidir sobre la imposición o no, de tal condena. Se considera que la aplicación discrecional de la condena al pago del

---

RAMOS MONTESA, «Art. 172, Sentencia de calificación», *Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (2004), pp. 747 y 748.

<sup>1505</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 30/1/2009 (AC 2009\294); SJM 1 de Madrid, de 16/1/2007 (AC 2007\857; ADCo 11, 2007, p. 537).

<sup>1506</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administrado-res...» (2004), pp. 1436 y 1437; ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto...)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), pp. 289-307; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2003), p. 305; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *AC*, n° 1 (2009), pp. 15-49; RAMOS MONTESA, «Art. 172, Sentencia de calificación», *Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, coord. SALA, MERCADAL y ALONSO-CUEVILLAS (2004), pp. 747 y 748.

déficit produciría una situación de discriminación en la aplicación de la Ley, de carácter arbitrario, contraria a disposiciones constitucionales<sup>1507</sup>.

El verbo *poder* en el art. 172 bis § 2 de la LCE y en el § 2 del art. 201 de la LC, indicaría que la condena por el déficit no es un pronunciamiento necesario en todo caso de concurso culpable, sino sólo cuando el deudor fuese persona jurídica y, en la legislación española, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación<sup>1508</sup>. La palabra *podrá* para otros, refiere a las alternativas de condenar a todas las personas o sólo a algunas, y a cubrir la totalidad o parte del déficit patrimonial, según los casos<sup>1509</sup>.

### ***Nuestra posición***

Por nuestra parte, reconocemos que las expresiones *podrá condenar* que se utiliza en el art. 172 bis de la LCE o *podrá contener*, referida al contenido de la sentencia de calificación, que se emplea en el art. 201 de la LC, especialmente confrontan con las expresiones imperativas que se emplean en el artículo precedente o en el mismo artículo y son propias de normas que se limitan a atribuir facultades al juez concursal.

Sin embargo, corresponde llamar la atención respecto a que la facultad de condenar refiere a todas o algunas de las personas afectadas por la calificación, no a la eventualidad de que nadie resulte condenado. De modo que el juez carece de la facultad de no condenar a ninguno de los afectados por la calificación. Sólo

---

<sup>1507</sup> RAMOS MONTESA, op. cit., p. 744.

<sup>1508</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal* (2004), p. 1443; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002* (2003), p. 305.

<sup>1509</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 203.

tiene la facultad de determinar si ha de condenar a todos o sólo a algunos, así como tiene la facultad de determinar si la condena cubrirá total o parcialmente el déficit.

Téngase presente que si el juez está en condiciones de dictar condena por el déficit es porque el concurso se ha declarado culpable. Si el concurso ha sido declarado culpable es porque todos o algunos de los afectados por la calificación, con sus acciones u omisiones generaron o agravaron la insolvencia de la persona jurídica concursada, con dolo o culpa grave, o incurrieron en algunos de los supuestos legales de culpabilidad, que presuponen muy graves acciones u omisiones de parte de los sujetos afectados por la calificación. Por lo tanto, habiendo contribuido con sus acciones u omisiones a que la masa activa sea insuficiente para satisfacer íntegramente a los acreedores, no es sensato entender que puedan quedar libres de responsabilidad, ya sea que se entienda que ésta tiene una función indemnizatoria, sancionadora o de garantía. No parece justificable una interpretación que, frente a este escenario, dé al juez la facultad de liberar a todos los afectados de su responsabilidad por el déficit.

Si se abrió la sección de calificación por la apertura de la fase de liquidación y si el concurso fue calificado culpable como resultado de acciones u omisiones de todos o algunos de los afectados por la calificación, al menos uno de ellos debe ser responsabilizado a cubrir, aunque fuera parcialmente, el déficit concursal. Coincidimos plenamente con el argumento de que interpretar que el juez dispone de la facultad de no condenar a ninguno de los afectados a la cobertura del déficit implica convertir el poder-deber de administrar justicia en un ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, lo cual es completamente ajeno a la finalidad con que se le atribuye esta función a los jueces y no puede haber sido nunca la intención del legislador.

En todo caso, la exoneración de la responsabilidad de los afectados por la calificación debería fundarse en la inexistencia de una conexión legal entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago del descubierto. Esa conexión sólo se podría romper mediante la constatación de

hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación, porque concurre alguna circunstancia excluyente del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, acción proveniente de un tercero, o acción del propio perjudicado)<sup>1510</sup>.

En este sentido, entendemos que podrían ser aplicables las disposiciones de la legislación societaria respecto a las formas y causas de exoneración de responsabilidad (art. 237 LSCE y art. 391, § 2, LSC)<sup>1511</sup>. Para ello, bajo la legislación española, se requeriría que el afectado acredite no haber intervenido en la adopción del acuerdo o realizado el acto o incurrido en la omisión que derivó en la calificación culpable del concurso, desconociendo su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquellos. En el caso del Derecho uruguayo, esto supondría no haber votado la resolución que motivó la calificación culpable del concurso y haber dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor a diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella.

A los efectos de invocar la existencia de una causal de exoneración, los administradores pueden comparecer en la pieza de calificación, como personas afectadas, alegando lo que interese a su derecho.

---

<sup>1510</sup> Concordamos en esto con la jurisprudencia de la AP de Barcelona. Ver SAP de 23/4/2012 (ROJ 2012\ 176693), ponente GARNICA MARTÍN, y la doctrina expuesta por QUIJANO GONZÁLEZ en «Las irregularidades relevantes en la contabilidad...», *ADCo*, n° 27 (2013), p. 371.

<sup>1511</sup> Art. 391, § 2, LSC: «Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causas de exención de responsabilidad.»

## II. Alcance de la condena por el déficit

El art. 172 bis de la LCE prevé la posibilidad de condenar «*a la cobertura, total o parcial, del déficit*». La LC utiliza un giro similar al contenido en la PALC, al referirse a la «*condena (...) a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva*» (art. 201).

### A. Alcance objetivo según los créditos incluidos en la apreciación del déficit

#### 1. Punto de vista restrictivo

Interpretando literalmente la redacción original del art. 172 de la LCE, que se refería a una condena «*a pagar a los acreedores concursales*», quedarían excluidos los créditos contra la masa de la posibilidad de ser resarcidos por la condena contra los administradores. A la misma conclusión podría llegarse a partir de la referencia que realiza el art. 201 de la LC a una condena: «*en beneficio de la masa pasiva*».

Desde un punto de vista restrictivo, entonces, no estarían incluidos los créditos contra la masa pues, por definición, no integran la masa pasiva. Consecuentemente, sólo los créditos anteriores a la declaración del concurso podrían dar lugar a este tipo de condena<sup>1512</sup>. Esta ha sido la posición de la jurisprudencia de la AP de Madrid anterior a la reforma de la LCE de 2011<sup>1513</sup>.

#### 2. Punto de vista amplio

Desde un punto de vista amplio, la referencia a «*acreedores concursales*» con créditos insatisfechos debe ser interpretada como comprensiva de los «*créditos contra la masa*». En esta posición, también éstos, si no han quedado íntegramente

---

<sup>1512</sup> La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en el mismo sentido (arrêt de la Cámara Comercial de la Corte de Casación, de 28/2/1995, *RJDA*, n° 651, 1995).

<sup>1513</sup> SAP de Madrid, de 21/7/2009 (*ROJ* 2009\472153).

satisfechos, deberían poder ser objeto de la responsabilidad concursal<sup>1514</sup>, pues los gastos y créditos contra la masa se detraen de la masa activa antes del reparto de los créditos propiamente concursales<sup>1515</sup>.

La jurisprudencia ha dado por terminado el debate sobre la extensión o no de la condena a los créditos contra la masa, puesta en entredicho por la jurisprudencia de AP de Madrid que referimos en el numeral anterior, considerando que el abandono de la redacción original y su sustitución por la expresión «cobertura del déficit», impone la valoración íntegra del desbalance entre lo obtenido en las operaciones de liquidación y los créditos saldados con aquella, sean concursales o contra la masa. Esto se encuentra reforzado por lo dispuesto en el § 3º del art. 172 bis, al ordenar que todas las cantidades obtenidas en ejecución de la sentencia de calificación se ingresen en la masa activa del concurso, lo que impone el pago en prededucción de los créditos contra la masa (arts. 84 y 154 LCE)<sup>1516</sup>.

### ***B. Alcance subjetivo según las personas a las que puede afectar la condena***

La condena se extiende individualmente a los administradores o liquidadores o apoderados generales<sup>1517</sup>, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso fuera calificado como culpable, que hayan contribuido a la generación o agravación del daño a los acreedores concursales<sup>1518</sup>. El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, agregó a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la

---

<sup>1514</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad...», *ADCo* (2012), n° 26, p. 196; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 28.

<sup>1515</sup> SJM n° 1 de Oviedo, de 17/9/2007 (AC 2008\375).

<sup>1516</sup> SJM de Pontevedra n° 3, de 25/5/2012 (AC 2012\381).

<sup>1517</sup> Los apoderados generales fueron incluidos en la reciente reforma, por el art. 172 bis.

<sup>1518</sup> LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal...», p. 7.565; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil...*, p. 105.

capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el n° 4 del art. 165 de la LCE, a la lista de sujetos pasibles de ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal.

En la LC, además de a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, la condena puede alcanzar, eventualmente, a los integrantes del órgano de contralor interno. La responsabilidad no se extiende ni a los apoderados generales, ni a los socios.

### **1. Discrecionalidad en la determinación del alcance subjetivo de la condena**

La reciente reforma concursal española, con vistas a solucionar las dudas que generaba la aplicación de la condena al pago del déficit concursal, explicita la discrecionalidad que se otorga al juez en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo de la norma de responsabilidad, pudiendo condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores o apoderados generales. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia debe individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (art. 172 bis, § 1)<sup>1519</sup>. A este respecto, resulta indiferente que los imputados se hayan beneficiado personalmente de su actuación. Deben responder por el déficit, sin que haya necesidad de indagar si se ha beneficiado o no personalmente de la producción o agravación de la insolvencia<sup>1520</sup>.

El reconocimiento de la discrecionalidad del juez para la determinación del ámbito subjetivo de la condena, ya era reconocida por la doctrina<sup>1521</sup> y la

---

<sup>1519</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *ADCo*, n° 26, pp. 196 y 200; VIÑUELAS SANZ, *Responsabilidad por obligaciones sociales...*, p. 28.

<sup>1520</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso...*, p. 394.

<sup>1521</sup> COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 1804; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 713-716; GARCÍA-CRUCES, «El problema de la represión de la conducta...», p. 306; LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal...», p. 7565.

jurisprudencia<sup>1522</sup>, bajo el régimen derogado, según la cual la condena sólo podía alcanzar a quienes cupiera imputar la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave y, atendiendo al distinto grado de intervención efectiva para adjudicar una mayor responsabilidad a algunos que a otros. Del mismo modo, entendemos, que en el Derecho uruguayo, debería llegarse a una conclusión análoga, en la medida de que la imputabilidad del perjuicio es un presupuesto de la responsabilidad concursal.

Damos como ejemplo un caso en que la entidad concursada disponía de un consejo de administración de tres miembros. El comportamiento determinante de la calificación - irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera por omisión de informar la existencia de una garantía prestada en favor de una filial – sólo fue imputado a uno de entre ellos declarado, luego, *persona afectada* en exclusiva. En el caso, el administrador firmante de la garantía (presidente y consejero delegado) había ocultado tal prestación a los demás miembros del consejo<sup>1523</sup>.

## **2. Carácter subsidiario, solidario o mancomunado de la responsabilidad por el déficit concursal**

### ***a. Subsidiariedad con respecto a la sociedad***

La responsabilidad por el déficit concursal es subsidiaria respecto a la sociedad. Los administradores, liquidadores y apoderados generales (y los integrantes del órgano de contralor interno, en el caso de la LC), en las condiciones que la Ley establece, responden con sus propios patrimonios por las deudas sociales de la masa del concurso en cuanto los activos de ésta no basten

---

<sup>1522</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3<sup>a</sup>, n° 57 de 28/3/2008 (*JUR* 2008\216841) ponente VELA TORRES; SAP de Granada, Sec. 3<sup>a</sup>, n° 519 de 14/12/2007 (*AC* 2008\1605) ponente REQUENA PAREDES.

<sup>1523</sup> STS n° 994 de 16/1/2012 (*ROJ* 525\2012), ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL.

para atender a los créditos de todos los acreedores. Opera entonces, únicamente, por el déficit concursal, una vez agotado el activo patrimonial de la sociedad<sup>1524</sup>.

***b. Sobre la solidaridad o la mancomunidad entre los afectados por la calificación***

No se prevé expresamente un régimen de solidaridad en cuanto a la responsabilidad entre los diversos afectados por la condena a cubrir el déficit concursal. Por el contrario, en el § 3 del apartado 1 del art. 172 bis se establece que en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer «*por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*».

A partir de esa nueva disposición, alguna doctrina entiende que la LCE prevé expresamente un régimen de responsabilidad mancomunada<sup>1525</sup>, que no permite una condena conjunta exigible en forma solidaria<sup>1526</sup>. Esta posición era ya mantenida con anterioridad por ciertos autores, en razón del carácter excepcional de la solidaridad<sup>1527</sup>.

La solidaridad es de aplicación sólo cuando las partes así lo han pactado o cuando lo disponga la Ley (arts. 1137 y 1138 CCE)<sup>1528</sup>. No habiendo una disposición expresa que la imponga, prevalece la regla general, que supone la

---

<sup>1524</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, id., p. 714; PRENDES CARRIL, «Recensión»; TORRES PRIETO, «Título VI. De la calificación del concurso», *La nueva regulación concursal*, dir. JIMÉNEZ SAVURIDO, coord. HERMIDA Y GARCÍA (2004), p. 436.

<sup>1525</sup> TORRUBIA CHALMETA, op. cit., p. 8.

<sup>1526</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil*, p. 1569; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011...», *RDCP*, n° 18, p. 61.

<sup>1527</sup> COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 1805; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades*, p. 394; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 5.

<sup>1528</sup> SSTS de 20/10/1997 (RJ 1997\7274) ponente VILLAGÓMEZ RODIL.

división de la responsabilidad entre los copartícipes<sup>1529</sup>. En consecuencia, la condena de responsabilidad va referida sólo a aquellos a quienes sea imputable la generación o agravación del estado de insolvencia, según resulte de lo actuado a lo largo del procedimiento concursal y, en particular, de la pieza de calificación, dentro del período de dos años que la norma prevé<sup>1530</sup>.

Se entiende que la falta de previsión de la solidaridad es coherente, puesto que el juez no ha de actuar frente a todos los afectados, sino sólo frente a aquellos respecto de los que entienda que se dan los presupuestos legales, sobre la base de la información que obtenga en el proceso concursal<sup>1531</sup>. Por otra parte, el establecimiento legal de la solidaridad entre los administradores, en la legislación societaria<sup>1532</sup>, obedece a consideraciones puramente pragmáticas, en función de la distinta situación de las partes afectadas (sociedad, socios o acreedores, como demandantes, y administradores, como demandados), puesto que los administradores disponen de una amplia información, difícilmente accesible a los socios minoritarios o terceros. En cambio, la imposición de responsabilidades solidarias no se justifica en sede concursal, dado que la apertura del concurso determina un amplio acceso a la contabilidad u otros documentos, actas de órganos ejecutivos, etc., información que se va a ver complementada a través del propio desarrollo de la pieza de calificación<sup>1533</sup>.

---

<sup>1529</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores...», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (2002), p. 308; COLÁS ESCANDÓN, op. cit., p. 1805; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 719, SEQUEIRA MARTÍN, SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica», *RDCP*, n° 5 (2006), p. 209.

<sup>1530</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 713.

<sup>1531</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), p. 1433; ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal...» (2003), p. 525.

<sup>1532</sup> Art. 237 LSCE (sustitutivo del art. 133 LSA).

<sup>1533</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores...», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley...* (2002), p. 308; GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», p. 506.

No obstante, existe jurisprudencia reciente que – sin perjuicio de reconocer que el art. 172 bis supone una imputación subjetiva a cada administrador, liquidador o apoderado general – considera que la solidaridad es una consecuencia lógica y obligada, tanto por la concurrencia a la causación de un mismo daño al patrimonio social, como por la protección que se ha de procurar a los acreedores del concurso<sup>1534</sup>. De este modo, se da continuidad a la posición jurisprudencial<sup>1535</sup>, anterior a la reforma, que comenzando por destacar que el régimen general de responsabilidad de los administradores era el de solidaridad, también, señalaba que el interés de los acreedores abogaría a favor del reconocimiento de tal solidaridad<sup>1536</sup>.

Por último, alguna doctrina considera que la falta de mención al carácter solidario de la condena ha sido querida por el legislador, para que sea el juez quien en cada caso resuelva si condenar en forma solidaria o mancomunada. Esto es, el carácter solidario o mancomunado de la responsabilidad entre los administradores imputados, debe quedar sujeto a la discrecionalidad judicial<sup>1537</sup>.

En la doctrina uruguaya, los únicos que se han pronunciado a este respecto consideran que si se admite que se trata de una responsabilidad de tipo extracontractual, habiendo dolo la obligación de pagar el déficit sería solidaria, en virtud de lo dispuesto en el § 1 del art. 1331 del CC<sup>1538</sup>. Habiendo culpa grave,

---

<sup>1534</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, 10/1/2012 (*JUR* 2012/ 43817).

<sup>1535</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (*JUR* 2012/43817), ponente SENDINO ARENAS.

<sup>1536</sup> En la legislación española el art. 236 de la LSCE correspondiente al art. 133.3 de la LSA y en la legislación uruguaya los arts. 83 y 391 de la LSC.

<sup>1537</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso* (2004), pp. 188, 189, 194 y 195; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, pp. 2522 y ss.; PRENDES CARRIL et al., «Régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores de sociedades», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\9969, p. 2.

<sup>1538</sup> Art. 1331 CC: «Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente del daño causado.»

según esta doctrina, la atribución se debería realizar en forma proporcionada al daño causado por cada participante<sup>1539</sup>.

### **3. Extensión de la responsabilidad a los administradores o liquidadores de hecho y a los apoderados generales**

La LCE no define lo que considera como *administradores de hecho*.

En función del análisis que realizáramos en la primera parte de este trabajo de tesis – a la que nos remitimos - entendemos que corresponde reconocer la evolución que ha sufrido este concepto, desde un uso restringido a los casos de la administración aparente - en casos de caducidad o nulidad de la designación - hasta un uso cada vez más amplio - que incluye al *administrador oculto* - sea que se esconda bajo el ropaje de un factor, un director general o un apoderado. Asimismo, corresponde atender a que la ampliación del concepto de administrador de hecho alcance a los llamados *administradores indirectos*, que ha permitido imputar a las sociedades controlantes, a los socios únicos y a otros sujetos relacionados con la sociedad por especiales vínculos, en la medida que se acredite que tienen el poder suficiente para adoptar decisiones por la sociedad e imponérselas, de modo que los administradores de derecho queden convertidos en meros ejecutores de lo resuelto por ellos.

#### ***a. Motivación de la sentencia que atribuye la condición de administrador de hecho***

El art. 172.2-1º, in fine, de la LCE exige expresamente que la sentencia deberá *motivar* la atribución de la condición de administrador o liquidador de hecho, a alguna de las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable. Esta exigencia no aparece en el art. 201 de la LC.

La motivación ha sido definida como la expresión de los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales

---

<sup>1539</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 203.

que fundamentan la decisión (*ratio decidendi*), con la finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad, posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, facilitar la crítica de la decisión y su asimilación por el sistema jurídico interno y externo y convencer a la partes de la corrección de la decisión<sup>1540</sup>. En especial, a los efectos de lo exigido por el art. 172.2-1º, la motivación debe contener una exposición razonada respecto a la acreditación de los supuestos que permitan imputar a un sujeto la condición de administrador de hecho<sup>1541</sup>. No se pretende, sin embargo, que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto, ni alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, contestando cada uno de los argumentos de las partes<sup>1542</sup>.

El grado de dificultad probatoria variará, sustancialmente, se-gún se trate de un administrador aparente o de un administrador oculto. En el caso de quien continúa administrando de hecho una sociedad, a pesar de haber caducado su nombramiento, la misma continuidad de la actividad social facilitará la tarea probatoria. Así, también, en los demás casos de administración notoria, la publicidad de su actuación favorecerá la prueba de su calidad de administrador de hecho. En el caso del administrador oculto, entendemos que la prueba de presunciones está llamada a tener un protagonismo evidente<sup>1543</sup>.

---

<sup>1540</sup> STS n° 74 de 28/2/2013 (*RJ* 2013\4593) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS.

<sup>1541</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *RDM*, n° 273 (2009), p. 1028; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor...», pp. 296 y 297. *SJM* 2 de Pontevedra, de 20/10/2009 (*ADCo* 17, 2009, p. 606).

<sup>1542</sup> SSTC n° 214 de 18/9/2000 (*RTC* 2000\214) ponente CRUZ VILLALÓN y n° 187 de 10/7/2000 (*RTC* 2000\187) ponente CONDE MARTÍN DE HIJAS. SSTS n° 74 de 28/2/2013 (*RJ* 2013\4593) ponente GIMENO-BAYÓN COBOS, n° 693 de 8/7/2002 (*RJ* 2002\5902) ponente VILLAGÓMEZ RODIL; n° 80 de 1/2/2002 (*RJ* 2002\2879) ponente VÁZQUEZ SANDES y n° 101 de 2/11/2001 (*RJ* 2001\9643) ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ. *SAP* de Madrid, Sec. 28, n° 62 de 24/3/2009 (*AC* 2009\771) ponente SARAZA JIMENA.

<sup>1543</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concurrido, cómplices...», pp. 4938-4939.

***b. Atribución de responsabilidad por omisión del administrador de hecho***

En doctrina se ha planteado, si podría responsabilizarse a un administrador de hecho, por la omisión en el cumplimiento de deberes específicamente atribuidos a los administradores de derecho, como sería el caso del deber de convocar a la junta general, para que decida lo pertinente sobre una causa de disolución, omisión que provocó, por ejemplo, el concurso necesario de la sociedad. Es cierto que el administrador de hecho no dispone jurídicamente de las facultades necesarias que le permitan el cumplimiento de los deberes referidos, pues tales facultades le corresponden al administrador de derecho. Sin embargo, afirmar la exoneración de responsabilidad, en estos casos, sin hacer matización alguna, podría no resultar acertado<sup>1544</sup>.

Si el administrador de hecho tiene, en la realidad, capacidad para decidir e influir sobre los administradores de derecho, pudiendo provocar la convocatoria de la Junta general, debemos ser consecuentes en exigirle el cumplimiento de las cargas y deberes jurídicamente atribuibles al órgano de administración y sus integrantes. La omisión en ejercer su incidencia dominante sobre los administradores de derecho debe acarrearles la imputación de responsabilidad<sup>1545</sup>.

***c. Sobre la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho, por la actuación de un administrador de hecho***

En general, el administrador de hecho – especialmente el oculto - coexiste con el administrador de derecho. En este caso, suele suceder que aquél ejerce tal dominio sobre la gestión social, que el administrador de derecho no es más que un mero ejecutor de las órdenes del administrador oculto, en calidad de testaferro<sup>1546</sup>.

---

<sup>1544</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id., p. 4940.

<sup>1545</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id., p. 4941.

<sup>1546</sup> BONELLI, «La responsabilità dell'amministratore di fatto», p. 113; FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho...*, p. 311.

La jurisprudencia española entiende que, en principio, aun en esta hipótesis, se debe negar la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho<sup>1547</sup>. En la jurisprudencia uruguaya la demostración de que quienes tomaban las decisiones eran los administradores de hecho y que al menos uno de los administradores de derecho era un mero prestanombre sin injerencia alguna en la dirección de la sociedad, tampoco eximió a éste de su inhabilitación y condena por el déficit patrimonial<sup>1548</sup>.

En primer lugar, porque se considera que la partícula «o» del art 164.1 de la LCE, no ha de ser entendida en sentido excluyente sino que debe interpretarse como posibilidad de abarcar tanto a uno como a otro. En segundo lugar porque la actuación del administrador de derecho es un complemento necesario del comportamiento del administrador de hecho, cooperando con éste de manera activa y consciente, de manera que no puede pretender eximirse de su actuación; debe asumir, solidariamente con aquél, las consecuencias dañosas derivadas de la gestión empresarial negligente<sup>1549</sup>. Además, sin perjuicio de que el administrador de derecho se haya sentido compelido a acatar la voluntad del administrador de hecho, puede siempre evitar un proceder que pudiera generar o agravar la insolvencia societaria, adoptando sus propias decisiones<sup>1550</sup>. Así, la AP de Jaen, en un supuesto de calificación concursal en el que se invocaba esta alegación, se indica que no es de recibo dado que «*el cargo de administrador no es un cargo*

---

<sup>1547</sup> SAP de Córdoba de 1271/2007 (ROJ 2007\178491); SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37). Contrariamente, en la jurisprudencia británica se entiende que no habría justificación para atribuir responsabilidad a un sujeto, a menos que esté verdaderamente en posición de ejercer la función del director. De otra manera, se le haría responsable sobre eventos en los que no tiene un control real, sea de hecho o de derecho (Secretary of State v. Tjolle, BLCL, 1988, p. 333).

<sup>1548</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n<sup>o</sup> 2012 de 12/11/2013 (CEJ), ponente: RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1549</sup> STS 7/6/1999 (RJ 1999\4730); SAP de Guipúzcoa 30/6/2000 (AC 2000\1469), SAP de Valencia 23/10/2002 (JUR 2003\12019); SJM 1 de Alicante 13/1/2011 (AC 2011\37).

<sup>1550</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Concursado...», p. 4939.

“honorífico” *ni un título formal sino que implica una serie de derechos y deberes de obligado cumplimiento*»<sup>1551</sup>. De igual manera en un supuesto del art 48 LCE, la AP de Tarragona, frente a la invocación de que el demandado había asumido la administración formal de la concursada que evitaba la existencia de conducta dolosa o culposa, enseña que ello «*implica todo lo contrario, pues si su condición de administrador fue puramente formal, ello supone una clara negligencia y le hace manifiestamente culpable de cualquier situación irregular que haya conducido a la situación de insolvencia, pues hace patente su voluntario incumplimiento de todos los deberes que afectan a un administrador, ya que es totalmente rechazable el cumplimiento de la mera formalidad con dejación de los deberes que tan trascendental cargo implica*»<sup>1552</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia considera que nos encontraríamos en todo caso ante dos administradores, de manera que responderá cada uno de ellos solidariamente, valiendo por extensión analógica la previsión legal en materia de sociedades de capital que determina la responsabilidad del administrador de hecho, pero no lo hace con exclusión del de derecho<sup>1553</sup>.

En forma coincidente con la jurisprudencia, la doctrina considera que el administrador de derecho, al aceptar su designación, se somete a un riguroso estatuto de responsabilidad, del cual no le es posible apartarse por su sola voluntad. Consecuentemente, no puede eludir su responsabilidad, por haber resignado la función de administración en un apoderado, factor o cualquier otra figura que atribuya al sujeto cierta capacidad de actuación<sup>1554</sup>.

Además, el administrador de derecho no sólo responde por sus acciones sino por sus omisiones, por lo que no se exime de responsabilidad por haber delegado

---

<sup>1551</sup> SAP de Jaén de 13/4/2007 (*JUR* 2007\212442).

<sup>1552</sup> AAP de Tarragona de 21/2/2006 (*AC* 2006\1168).

<sup>1553</sup> SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (*AC* 2011\37).

<sup>1554</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., pp. 559 y 560.

completamente la gestión social en un administrador de hecho o apoderado general<sup>1555</sup>. La doctrina observa que, como consecuencia del nombramiento recibido, pesa sobre el administrador de derecho, un particular deber de diligencia (art. 225 LSCE y art. 391 LSC)<sup>1556</sup> sin que pueda ser tenida en cuenta la alegación de que la designación fue una mera formalidad. La equiparación que hace la LCE, es confirmatoria de los argumentos referidos<sup>1557</sup>.

En el caso de los apoderados generales, además, el administrador de derecho está facultado para revocar los poderes otorgados. Su omisión, a este respecto, lo hace responsable<sup>1558</sup>.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, conviene recordar que, a los efectos de la calificación del concurso, se requiere el dolo o la culpa grave del agente. Por lo tanto, cabría articular la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho, en los casos en que no existe nexo causal entre su concreta actuación u omisión, y la causación o agravación de la insolvencia societaria<sup>1559</sup>.

#### *d. Sobre una eventual condena a la controlante, como administradora de hecho*

Según se expuso al estudiar el concepto de administrador de hecho, en doctrina y jurisprudencia se admite que una sociedad controlante, si se dan las circunstancias del caso, pueda actuar como administradora de hecho de la controlada. Si esto ocurre, se ha considerado que la calificación de concurso culpable a una sociedad del grupo, puede arrastrar como afectados a quienes

---

<sup>1555</sup> BONELLI, «La responsabilità dell'amministratore di fatto», p. 113; BONE-LLI, «La prima sentenza della Cassazione civile sull' amministratore di fatto», p. 186.

<sup>1556</sup> BLENGIO MASSOLO, op. cit., p. 559; CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 190; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 189; ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, p. 103.

<sup>1557</sup> GARCÍA-CRUCES, «Concurso...», pp. 4939 y 4940.

<sup>1558</sup> GARCÍA-CRUCES, id., p. 4939.

<sup>1559</sup> GARCÍA-CRUCES, id., p. 4940.

hayan impartido instrucciones imperativas en el seno del grupo, si estas hubieran estado en la raíz de la generación o agravamiento de la insolvencia<sup>1560</sup>.

Eso, claro está, es sin perjuicio de la posibilidad que confiere el art. 3.5 de la LCE a los acreedores para instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

*e. Extensión de la responsabilidad a los factores y apoderados generales*

Las Compilaciones de Florencia de 1322 y 1415 se limitaban a imponer a los factores y apoderados generales, la obligación de rendir cuentas de su gestión a los órganos de la quiebra. Sólo estaban alcanzados por la responsabilidad concursal si se ofrecía prueba irrefutable de su manifiesta voluntad de obligarse personalmente. Sin embargo, aun en ese caso, respondían por las obligaciones libre y personalmente asumidas y no en virtud del vínculo que les liga con el *dominus negotii*<sup>1561</sup>.

La doctrina anterior a la reforma de la LCE de 2011 explicaba que la falta de autonomía o la existencia de subordinación, era excluyente del concepto de administrador de hecho a los meros apoderados, sea cual sea su título, que estén jerárquicamente sometidos al órgano de administración. Por ello, a los diversos colaboradores que se encargan de la ejecución de la gestión de los negocios sociales (directores o gerentes técnicos, administrativos, comerciales, financieros, etc.) sujetos a dependencia laboral, no les resultaba tampoco, en principio, aplicable la figura del administrador de hecho, puesto que carecen de un poder autónomo de dirección empresarial<sup>1562</sup>.

---

<sup>1560</sup> LÓPEZ APARCERO, «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADCo*, n° 26, p. 272.

<sup>1561</sup> SANTARELLI, op. cit., p. 189.

<sup>1562</sup> ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, pp. 96-99; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, op. cit., pp. 15-49.

Quedaban exceptuados aquellos casos en que era posible acreditar la falsedad de la relación de subordinación<sup>1563</sup>. En este sentido, se citaba jurisprudencia del TS favorable a extender la responsabilidad a estos sujetos, siempre que de la prueba surgiese la conclusión inequívoca de que bajo la apariencia de apoderado o de factor se escondía un auténtico administrador de la sociedad<sup>1564</sup>.

En todo caso, en el régimen anterior, la imputabilidad de los apoderados generales no derivaba de la amplitud de las facultades de representación conferidas a su favor sino por su efectiva asunción de las funciones propias de un administrador, en lo que respecta a la gestión social. Así, por ejemplo, en una sentencia del JM n° 1 de Alicante, se consideró como persona afectada por la calificación culpable del concurso - y, por ende, resultó condenado a tres años de inhabilitación, a la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor de la concursada y a abonar el 25 % del déficit concursal, solidariamente con el administrador de derecho – a un apoderado especial de la sociedad, aunque no por el apoderamiento en sí mismo, sino porque el otorgamiento de un poder que lo facultaba, entre otros actos, a administrar y disponer de los bienes sociales, incluso los inmuebles, fue uno de los indicios que se tomó en consideración para determinar que, en el caso, el apoderado era, en realidad, un administrador de hecho<sup>1565</sup>.

Todo esto, naturalmente, ha quedado superado por el art. 172 bis añadido por la Ley 38 de 2011, que expresamente incorpora a los apoderados generales de la persona jurídica concursada, entre los sujetos condenables a la cobertura, total o parcial, del déficit.

---

<sup>1563</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 43.

<sup>1564</sup> PERDICES HUETOS, «El concepto de administrador de hecho...», p. 143.

<sup>1565</sup> SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 (AC 2011\37).

### *C. Alcance cuantitativo de la responsabilidad por el déficit concursal*

#### **1. En la legislación y jurisprudencia españolas**

El art. 172 bis incorporado a la LCE por la Ley 38/2011, establece que el juez «*podrá condenar (...) a la cobertura, total o parcial, del déficit*»<sup>1566</sup>. El criterio legislativo ha sido el de fijar el máximo de responsabilidad concursal de los administradores en el déficit patrimonial entre masa activa y pasiva<sup>1567</sup>, así como la posibilidad de moderar el *quantum* de la condena en forma discrecional<sup>1568</sup>. De modo que el juez tiene la facultad de establecer una condena al pago parcial del importe del déficit<sup>1569</sup>.

El art. 172 bis provee los parámetros dentro de los cuales deben ejercer los jueces esta facultad discrecional que se les confiere. En primer lugar, establece que «*el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura*» (art. 172 bis, apartado 1, § 2). Inmediatamente, agrega que la cantidad a satisfacer por cada uno de los condenados, depende de su «*participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso*» (art. 172 bis, § 1, § 3).

Sin perjuicio del parámetro legal referido, la jurisprudencia se ha cuidado de consignar los criterios que considera relevantes.

---

<sup>1566</sup> En la redacción original la cuestión era referida por art. 172.3. En dicho párrafo no se utilizaba la palabra déficit. En su lugar, la norma se refería a «*el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*».

<sup>1567</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 715 y 716.

<sup>1568</sup> RAMOS MONTESA, op. cit., p. 747.

<sup>1569</sup> Así, por ejemplo, en la SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 219 de 22/5/2013 (*JUR* 2013/341789), siendo el ponente RIBELLES ARELLANO, se redujo la condena por el déficit en forma proporcional a la demora en solicitar el concurso, que fuera la causa de su calificación culpable.

En primer lugar, se considera al monto total de los créditos no percibidos en la liquidación, como un tope para la condena<sup>1570</sup>. A los efectos de la determinación del monto de la condena es relevante tener en cuenta que el TS ha destacado en varias sentencias, que lo que identifica a las deudas sociales objeto de posible condena, no es la fecha de su nacimiento, sino el hecho de que sigan siendo exigibles, por no haber sido satisfechas, al liquidarse la masa activa del concurso<sup>1571</sup>. De modo que, hasta el momento en que no haya concluido la liquidación no se sabrá cuál es realmente la cuantía de la responsabilidad concursal<sup>1572</sup>.

En segundo lugar, se toma en consideración la gravedad objetiva de la conducta, el grado de participación de cada uno de los administradores en el daño directo a la sociedad y derivativo a los acreedores<sup>1573</sup>, así como la verificación de algunas de las presunciones legales de culpa grave o dolo<sup>1574</sup>.

---

<sup>1570</sup> Así lo hizo, por ejemplo, la AP de Pontevedra, al condenar al administrador a responder por el 30 % de los créditos, una vez descontada la parte satisfecha con la liquidación de la masa activa (SAP de 27/11/2008, AC 2009\121).

<sup>1571</sup> SSTS n° 614 de 17/11/2011 (RJ 2012\3368) ponente CORBAL FERNÁNDEZ y n° 615 de 12/9/2011 (RJ 2011\6416) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1572</sup> STS n° 298 de 21/5/2012 (ROJ 4441\2012) ponente FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1573</sup> STS n° 74 de 28/2/2013 (RJ 2013\4593) ponente GIMENO-BAYÓN CO-BOS.

<sup>1574</sup> El JM de Málaga n° 1, a los efectos de la graduación de la responsabilidad, consideró oportuno partir de tres criterios: que en todos los actos habían intervenido los administradores; que fueron catalogadas hasta tres causas de entre las señaladas legalmente y que se verificó una de las causales para aplicar el régimen de presunciones de dolo o culpa grave.

Tratándose de un supuesto de deudas puestas de manifiesto recién con el informe de la administración concursal y que obedecían a un incumplimiento grave, frente a terceros, de obligaciones societarias por parte del administrador en cuanto a sus obligaciones contables e irregularidades y en vista de la inexistencia de prueba por el administrador que desvirtuase lo señalado, se condenó al pago de la totalidad de los acreedores concursales el importe de sus

En tercer lugar, alguna jurisprudencia ha considerado que debe individualizarse la responsabilidad atendiendo a la gravedad de la conducta determinante de la calificación, la reiteración de conductas relevantes, la intervención directa o indirecta de cada administrador en tales conductas, y demás circunstancias, de modo de mantener una respuesta proporcional con la conducta que se sanciona<sup>1575</sup>. Contrariamente, otra jurisprudencia – tomando en cuenta la reforma del 2011 - interpreta que, en lugar de atender al grado de imputabilidad del daño causado directamente a la sociedad e indirectamente a los acreedores, al no ver satisfechos sus créditos<sup>1576</sup>, debe fijarse la condena en función, meramente, de los hechos declarados probados y que hubieren determinado la calificación<sup>1577</sup>.

Damos ejemplos. Cuando las irregularidades contables son relevantes pero se refieren a datos concretos que no impiden conocer y distinguir los demás recogidos en la contabilidad, se ha entendido que el porcentaje de los créditos que deben asumir los administradores no debería llegar a la mitad, con la moderación correspondiente según el caso<sup>1578</sup>. Cuando las irregularidades contables concurren con la inactividad de los administradores que no solicitan el concurso, se ha considerado que el porcentaje se debe de situar en torno a la mitad, sin perjuicio de la moderación correspondiente según los casos. Un porcentaje que se apartara sensiblemente del 50 %, según la jurisprudencia, sólo podría corresponder a

---

créditos que no hubieren de percibir en la liquidación de la masa activa a la administradora única (SJM n° 1 de Málaga, de 13/2/2009, AC 2009\736).

<sup>1575</sup> SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 663 de 27/11/2008 (AC 2009\121), ponente: MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.

<sup>1576</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 219 de 22/5/2013 (JUR 2012/341789).

Esta era la opinión de varios autores en obras anteriores a la reforma de la LEC, a saber, por ejemplo: ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), p. 1438; ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 540 y 546; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, p. 107.

<sup>1577</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 23/4/2012 (ROJ 2012\176693) ponente GARNICA MARTÍN.

<sup>1578</sup> SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16/7/2013 (AC 2013\1652) ponente ALEMANY EGUIDAZU.

conductas dolosas o culpa muy grave en detrimento de la marcha de la sociedad o con extraordinaria alteración de la contabilidad<sup>1579</sup>.

Se condenó a la cobertura del total de déficit concursal en casos como los siguientes:

- a. existencia de doble contabilidad y desplazamiento de fondos de la sociedad concursada a favor de los administradores<sup>1580</sup>;
- b. inactividad tanto del administrador de hecho como del administrador de derecho, que permitió que un colaborador de la entidad concursada alterara un proyecto inmobiliario, provocando un espectacular aumento del coste económico de la obra que determinó la insuficiencia de tesorería para absorberlo y generó deudas impagadas y paralizaciones de la obra<sup>1581</sup>.

En una postura distinta, en una sentencia reciente, se condenó tanto a los administradores de derecho como de hecho sólo a la cobertura del 10 % del déficit en un caso de presentación tardía de la solicitud de concurso con agravamiento de la insolvencia por incremento de las deudas con la Tesorería de la Seguridad Social y Hacienda, en atención a que se consideró que ese agravamiento no sería exclusivamente imputable a dichos administradores, sino a la situación de crisis generalizada en el sector inmobiliario<sup>1582</sup>.

## 2. En la legislación y jurisprudencia uruguayas

El art. 201 de la LC no provee los parámetros dentro de los cuales los jueces deberán ejercer esta facultad discrecional que se les confiere. Se limita a establecer la *«condena (...) a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva»*.

---

<sup>1579</sup> SAP de León, Sec. 1ª, n° 424 de 17/11/2010 (AC 2010\2160) ponente SER LÓPEZ.

<sup>1580</sup> SJPI n° 2 de Lugo, n° 93 de 15/4/2013 (AC 2013\501) ponente GALVÁN GALLEGOS.

<sup>1581</sup> SAP de Zarazoga, Sec. 5ª, n° 606 de 18/10/2010 (AC 2010\1798) ponente MARTÍNEZ ARESO.

<sup>1582</sup> SAP de A Coruña, n° 41 de 7/2/2013 (AC 2013\906) ponente FUENTES CANDELAS.

No cabe duda de que el art. 201 de la LC establece un tope para la condena, que sería el monto total de los créditos no percibidos en la liquidación; el juez tiene la facultad discrecional de establecer una condena al pago parcial de dicho importe. Sin perjuicio de la parquedad de la norma, entendemos, que en el Derecho uruguayo, el juez debe atender el grado de imputabilidad del daño causado directamente a la sociedad e indirectamente a los acreedores, al no ver satisfechos sus créditos, y condenar de acuerdo con esa medida.

En la jurisprudencia uruguaya se ha condenado a la cobertura de la totalidad del déficit patrimonial, a administradores de hecho y de derecho, en los casos siguientes:

- por no presentar en tiempo la solicitud de concurso, no colaborar con la sindicatura y no comparecer a la junta de acreedores<sup>1583</sup>;
- por realizar actos de disposición patrimonial con la finalidad de dificultar o impedir la eficacia de las ejecuciones contra la sociedad concursada, haber cometido omisión o falsedad en la contabilidad y en la documentación adjuntada, e incumplimiento del deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso<sup>1584</sup>;
- por omitir llevar la contabilidad con las formalidades legales, irregularidades relevantes y falsedad en la documentación presentada<sup>1585</sup>;
- por falta o ocultamiento de documentación contable y alzamiento del administrador<sup>1586</sup>;
- por insuficiencia o inadecuación manifiesta de los fondos o bienes propios de la sociedad concursada para el ejercicio de la actividad a que se dedicaba,

---

<sup>1583</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 1278 de 20/6/2014, ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1584</sup> SJLC de 2° t., n° 194 de 20/2/2014, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1585</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t. n° 2012 de 12/11/2013 (CEJ) ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

<sup>1586</sup> SJLC de 1<sup>er</sup> t., n° 2117 de 22/11/2013 (CEJ) ponente RODRÍGUEZ MASCARDI.

durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso dentro de los treinta días siguientes al conocimiento real o debido de la insolvencia<sup>1587</sup>.

#### ***D. Alcance temporal de la responsabilidad por el déficit concursal***

La cuestión del alcance temporal de la responsabilidad por el déficit concursal presenta dos aspectos: el de la retroacción o retroactividad de la responsabilidad y el de su prescripción. En ambos las soluciones que se presentan en la legislación española y uruguaya difieren, básicamente, por un vacío normativo de esta última o por la existencia de diferencias doctrinarias no resueltas con respecto a la naturaleza de la responsabilidad de los administradores.

### **1. Retroactividad de la responsabilidad por el déficit**

#### ***a. Legislación española***

El art. 172.2.1º de la LCE establece que la sentencia podrá condenar a los administradores, liquidadores o apoderados generales, que hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso<sup>1588</sup>. En cambio, el art. 172 bis no establece ninguna limitación temporal.

Esta omisión pudiera ser significativa, sobre todo si se advierte que en la redacción original de esta norma – que aparecía en el art. 172.3 – se especificaba que alcanzaba sólo a quienes hubieren tenido la condición de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Sin embargo, en la actual regulación de esta cuestión, la delimitación temporal de las personas afectadas por la calificación aparece incluida en el nº 1 del art. 172.2, con carácter general, lo cual explica

---

<sup>1587</sup> SJLC de 2º t., nº 818, de 6/6/2013, ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

<sup>1588</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor...», p. 305.

suficientemente la supresión referida<sup>1589</sup>. Entendemos, entonces, que pese a la omisión señalada en el art. 172 bis, la condena a la cobertura del déficit concursal sólo puede alcanzar a las personas afectadas por la calificación, esto es, a quienes hubieren tenido la condición de administradores, liquidadores o apoderados generales, de derecho o de hecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

No obstante, la doctrina señala que el plazo de retroacción no puede ser interpretado como una barrera artificiosa al enjuiciamiento del comportamiento de dichas personas. El plazo de retroacción, según esta doctrina, no debe ser considerado como un límite temporal, sino como un derivado de la exigencia de establecer una conexión de imputación objetiva<sup>1590</sup>.

Otra cuestión que planteaba la doctrina respecto del plazo de retroacción, en la redacción derogada de los arts. 172 y 48 de la LCE, estaba referida a si alcanzaba, también, al administrador de hecho<sup>1591</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia

---

<sup>1589</sup> SJM 3 de Pontevedra, de 25/5/2012 (AC\2012\381).

<sup>1590</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «Responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 28, p. 124. Contra: ACHÚTEGUI, «Compatibilidad de las acciones de responsabilidad frente al administrador social de la sociedad concursada con la responsabilidad concursal», *Repertorio Aranzadi*, n° 29 (2006), p. 4; ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (2003), p. 539; PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI-FERNÁNDEZ, «Responsabilidad de los administradores», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales*, pp. 722 y ss. coord. SÁNCHEZ ÁLVAREZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Madrid: Marcial Pons, 2010), p. 722.

<sup>1591</sup> LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 159; HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal?» *DN*, v. 139 (2002), p. 6.

era pacífica en el sentido de entender que lo dispuesto en ambos artículos debía considerarse aplicable a los administradores de hecho<sup>1592</sup>.

La redacción actual del art. 172.2.1<sup>o</sup><sup>1593</sup> y del art. 48 ter es suficientemente clara en cuanto a que la delimitación temporal de las personas afectadas por la calificación incluye a los administradores o liquidadores de hecho y apoderados generales, además de a los administradores y liquidadores de derecho.

### ***b. Legislación uruguaya***

La LC no establece ningún límite temporal al alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal. No lo hace ni al determinar quiénes son las personas afectadas por la calificación (art. 201, § 1, n<sup>o</sup> 2), ni al referirse a la condena a la cobertura del déficit (art. 201, § 2)<sup>1594</sup>.

La única referencia temporal se encuentra en el art. 25 de la LC, al referirse al embargo de bienes de los sujetos vinculados anteriormente con la persona jurídica concursada: ex-administradores, ex-liquidadores y ex-integrantes del órgano de control interno. Allí se dispone que se puede trabar embargo sobre sus bienes, siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora<sup>1595</sup>.

El límite se justifica porque el juez adopta la medida de embargo sobre la base de un examen meramente preliminar de los hechos. Ya cuando el juez dicta la sentencia de calificación, ha culminado un incidente en el que todos los

---

<sup>1592</sup> AAP de Barcelona de 21/9/2006 (ROJ 2007\ 145684) y SJM de Málaga de 22/5/2006 (LL 88156\2006; AC 2006\1264).

<sup>1593</sup> Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011.

<sup>1594</sup> La fuente directa del art. 201 de la LC es la PALC, donde no se establecía ningún límite temporal de retroacción.

<sup>1595</sup> El límite del embargo a aquellos sujetos que fueren administradores o liquidadores en los dos años anteriores a la declaración de concurso, fue tomado por el legislador uruguayo del art. 27.2 de la PALC.

involucrados han podido formular las probanzas y descargos que estimaren pertinentes, de modo que una limitación temporal de quiénes deben resultar afectados por la calificación, no parece justificable.

Al no existir ese límite en la legislación uruguaya, sin duda pueden resultar afectados por la calificación y condenados a la cobertura del déficit los ex-administradores, ex-liquidadores y ex-integrantes del órgano de control interno que ejercían sus cargos dos años antes de la declaración del concurso – puesto que para eso es que se habilita su embargo en el art. 25 y, además, el art. 112 de la LC habilita a considerarlos como personas especialmente relacionadas con el deudor<sup>1596</sup>.

Entendemos que, también, pueden resultar afectados y condenados quienes se desempeñaran como administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno con anterioridad. Puesto que el art. 201 de la LC no establece límite de retroacción alguno, el criterio para determinar qué administradores pueden resultar afectados por la calificación culpable y por las condenas subsecuentes debe estar fincado en la incidencia de la conducta que generó esa calificación<sup>1597</sup>.

## 2. Prescripción

Ni en la legislación española, ni en la uruguaya existe norma alguna que determine plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad por el déficit concursal<sup>1598</sup>.

---

<sup>1596</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación...», p. 201.

<sup>1597</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, id. *ibid.*

<sup>1598</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 728.

*a. Legislación española*

La limitación de la responsabilidad concursal de los administradores, a quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso no es un plazo de prescripción. La extensión del alcance temporal de la responsabilidad a los dos años anteriores a la declaración del concurso<sup>1599</sup>, es un elemento del tipo, no un plazo de prescripción<sup>1600</sup>.

En materia de responsabilidad social de administradores, la cuestión del plazo de prescripción estaría resuelta por el art. 949 del CCom español, que asigna un plazo de cuatro años a la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades, sin distinción alguna. Así lo ha entendido el TS a partir de su sentencia de 20 de julio de 2001<sup>1601</sup>, en jurisprudencia mantenida en los años siguientes, en términos generales<sup>1602</sup>.

De acuerdo con alguna doctrina, correspondería aplicar el término previsto para las acciones sociales de responsabilidad a la prescripción de la responsabilidad por el déficit. Ésta se encontraría sujeta, entonces, al término general de cuatro años desde que, por cualquier motivo, cesaren en el cargo de administrador (art. 949 CCom español)<sup>1603</sup>. A los efectos de esta interpretación debe tenerse presente que el art. 60 de la LCE, en su § 2 establece de modo inequívoco que «*desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará*

---

<sup>1599</sup> Extremo éste criticado por la doctrina, por apartarse del plazo de prescripción general de cuatro años desde el cese del cargo (art. 949 CCom español). ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), p. 538; ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, «El pago de las deudas sociales», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, v. 3, coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (2003), pp. 1781-1807; GALLEGO SÁNCHEZ, «Calificación...», p. 506.

<sup>1600</sup> VERDÚ CAÑETE, op. cit., pp. 113 y 114.

<sup>1601</sup> STS n° 776 de 20/7/2001 (ROJ 6416/2001 y RJ 2001\6865) ponente MARÍN CASTÁN.

<sup>1602</sup> SSTS n° 206 de 22/3/2005 (ROJ 1782\2005), n° 101 de 17/2/2005 (ROJ 971\2005), n° 328 de 7/5/2004 (ROJ 3107/2004) y n° 234 de 24/3/2004 (ROJ 2028\2004).

<sup>1603</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 538.

*interrumpida la prescripción de las acciones contra los socios y contra los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora»<sup>1604</sup>.*

En otra posición - ya mencionada al analizar la cuestión de la relevancia de la determinación de la naturaleza de la responsabilidad de los administradores y que preferimos - la acción para promover la responsabilidad de los administradores por el déficit concursal no se encuentra sometida a ningún plazo de prescripción especial. Por lo tanto, un administrador que lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso podría ser considerado responsable aunque la sección de calificación se hubiere abierto más de cuatro años después del hecho por el que se le imputa responsabilidad<sup>1605</sup>.

### ***b. Legislación uruguaya***

En el Derecho uruguayo, en cambio, esta cuestión no está resuelta. Todo dependerá de si se considera que se está frente a un caso de responsabilidad contractual (en que el término de prescripción es de veinte años) o de responsabilidad extracontractual (en que el término es de cuatro años). Si el hecho generador de responsabilidad configura un ilícito penal, el término de prescripción es el fijado por el CPU, entre dos y veinte años dependiendo del tipo de pena y su máximo (arts. 117 y 119). El art. 51 de la LSC establece una prescripción corta de tres años sólo para las hipótesis del abuso de control.

Por nuestra parte, ya nos hemos manifestado respecto a que entendemos que la responsabilidad por el déficit tiene naturaleza extracontractual. Nos remitimos, a este respecto, a lo ya señalado en el capítulo segundo de la segunda parte de

---

<sup>1604</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5<sup>ta</sup> ed. (2013), p. 723.

<sup>1605</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2013), pp. 701 y 728.

esta tesis. Luego, entendemos que, bajo la legislación uruguaya, el plazo de prescripción es de cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito (art. 1332 CC, en redacción dada por art. 3 Ley 16.612 de 18 de diciembre de 1990)<sup>1606</sup>, salvo que se considere que, puesto que estrictamente no existe una acción de responsabilidad para reclamar el déficit concursal tampoco corresponde hablar de plazo de prescripción (*actio nondum nata non præcribitur*).

En todo caso, recordamos que, por lo dispuesto en el art. 1235, § 1, del CC<sup>1607</sup>, la prescripción se interrumpe una vez que se le notifica el emplazamiento al afectado por la calificación (art. 199, § 2, LC)<sup>1608</sup>.

### III. Destino y ejecución de la condena a la cobertura del déficit

En la legislación española derogada se establecía que la condena sería «*a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*»<sup>1609</sup>. En su interpretación

---

<sup>1606</sup> Art. 1332 CC: «*La acción concedida al damnificado prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito.*»

<sup>1607</sup> Art. 1235, § 1, CC: «*Toda prescripción se interrumpe civilmente por el emplazamiento judicial notificado al poseedor o deudor.*»

<sup>1608</sup> Art. 199, § 2, LC: «*En otro caso, emplazará al deudor y a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o ser declaradas cómplices, a fin de que, en el plazo de diez días, aleguen cuanto convenga a su derecho.*»

<sup>1609</sup> El art. L 651-2 del CCom - red. actual dada por art. 129 de la Ley 2005-845 de 26 julio 2005 de *sauegarde des entreprises* (en vigor desde el 1/1/2006) – que recoge la acción de complemento del pasivo (*action de com-blement du passif*), establece que el importe de la condena debe ser integrado a la masa activa, para su posterior distribución entre los acreedores. La doctrina, luego, discute si eso supone un pago directo a los acreedores – tal como parece surgir del tenor literal de la norma – o si se requiere que, previamente, se integre a la masa activa, de modo que el pago a los acreedores pueda producirse conforme al orden de prelación establecido en las normas concursales (BLOCH, «*La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédure collective*», *Gaz. Pal.*, 1996, n° 3).

literal – de la que alguna doctrina<sup>1610</sup> y jurisprudencia<sup>1611</sup> manifestaban dudas en apartarse – se trataba de un mecanismo de *pago directo* a los acreedores por los declarados responsables, por más que pareciera más razonable que el producto de la condena se integrase a la masa activa<sup>1612</sup>.

### ***A. Ingreso de la condena a la masa activa***

El apartado 3 del art. 172 bis de la LCE incorporado en la re-forma concursal, sustituyendo la equívoca expresión anterior, deja en claro que todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación «*se integrarán en la masa activa del concurso*»<sup>1613</sup>. Por lo tanto, el beneficiario es la masa activa concursal<sup>1614</sup>.

Le corresponderá a la administración concursal efectivizar el pago a los acreedores.

En el art. 201 de la LC se establece expresamente que la condena beneficiará a la masa pasiva.

### ***B. Legitimación activa para ejecutar la sentencia de condena***

En la reforma de la LCE de 2011 (art. único 99, Ley 38/2011), se resuelve la cuestión de la legitimación para la solicitud de la ejecución de la condena, que corresponde, en un primer término, a la administración concursal y, en un

---

<sup>1610</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administrado-res...» (2004), p. 1445.

<sup>1611</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 173, de 19/3/2007 (*ADCo* 12, 2007, pp. 442-450; *JUR* 2007\272870); SSJM n° 5 de Madrid de 18/1/2007 (*ADCo* 12, 2007, p. 534; *LL* 18.592/2007; *JUR* 2007\368567) y de 5/12/2006 (*JUR* 2007\368551)

<sup>1612</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 28.

<sup>1613</sup> TORRUBIA CHALMETA, op. cit., p. 8.

<sup>1614</sup> PRENDES CARRIL et al., «Régimen específico de responsabilidad concursal...», p. 3.

segundo, a los acreedores, cuando habiendo instado por escrito la solicitud a la administración concursal, ésta no la llevara a cabo en el mes siguiente al requerimiento (art. 172 bis, § 2)<sup>1615</sup>.

En la LC no está resuelta la cuestión de la legitimación para la solicitud de la ejecución de la condena. Entendemos que le corresponde al síndico o al interventor, en virtud de la legitimación conferida por el art. 55 para representar a todos los acreedores del deudor.

---

<sup>1615</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones...», *ADCo*, n° 26, p. 196; VIÑUELAS SANZ, *Responsabilidad por obligaciones sociales...*, p. 28.



## QUINTA PARTE: EMBARGO CAUTELAR

La LCE, en su art. 48 ter<sup>1616</sup> se refiere a la posibilidad de em-bargar, tanto a los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, y a los apoderados generales (§ 1), como a los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anterior-es a la declaración del concurso (§ 2)<sup>1617</sup>. Los arts. 24 y 25 de la LC tratan, también, del embargo preventivo de los administra-dores, liquidadores o integrantes del órgano de control, pero en esos artículos no se encuentra una referencia expresa al administrador de hecho<sup>1618</sup>.

---

<sup>1616</sup> El embargo cautelar de administradores y liquidadores concursales se encontraba regulado en el art. 48.3 de la LCE. La Ley 38/2011 da una nueva redacción al art. 48, ahora dedicado íntegramente a los efectos de la declaración del concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras e incorpora un art. 48 ter, que se refiere exclusivamente al embargo de bienes de administradores o liquidadores – de hecho o de derecho, y de apoderados generales, así como de quienes hubieran tenido esta condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

<sup>1617</sup> ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ, «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentarios a la legislación concursal*, dirs. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (2004), pp. 638 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 48 de la Ley Concursal», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 1, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2004); BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 294; ESPINÓ BORRÁS DE QUADRAS, «Comentario al artículo 48 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios* (2004), p. 523; GARRIDO, «Algunas observaciones en torno al estado de la legislación concursal en Inglaterra y a la propuesta de reforma del Derecho español», *RDBB*, v. 63 (1996), p. 832; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 155; MERCADAL VIDAL, «La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada (en torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Bilbao)», *ADCo*, n° 14 (2008), pp. 373-388; VALPUESTA GASTANMIZA, «Comentario al artículo 48 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. CORDÓN MORENO (2004), pp. 389 y ss.

<sup>1618</sup> Art. 24 LC: «(Embargo preventivo de los bienes y derechos de administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno). En caso de concurso necesario de las personas jurídicas, siempre que de un examen preliminar del estado patrimonial del

Estas disposiciones han sido cuestionadas por la doctrina en mérito a su severidad. El régimen creado supone que, además de las acciones de responsabilidad que pudieran caberles a los afectados por la calificación culpable, en función de las normas de la LSCE, pueden ver embargados sus patrimonios particulares, si se configuran los supuestos exigidos por el texto legal<sup>1619</sup>.

---

*deudor resulte que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo, conjuntamente con la sentencia o en cualquier momento posterior, el juez dispondrá el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.»*

*Art. 25 LC: «(Embargo de personas vinculadas anteriormente). El juez, de manera fundada, también podrá trabar embargo sobre los bienes de ex-administradores, ex-liquidadores o ex-integrantes del órgano de control interno, siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora...»*

<sup>1619</sup> CREIMER BAJUK, *Concursos...* (2009), p. 39.

## *Capítulo primero: Consideraciones generales*

### **I. Caracteres**

#### *A. Preceptividad del embargo*

En general la traba o no de un embargo, está supeditada a una valoración discrecional del juez sobre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, que conforman los presupuestos legales para la procedencia de las medidas cautelares, de acuerdo con lo establecido en la LEC y en el CGP.

En cambio, del sentido literal del art. 24 de la LC, pareciera desprenderse la preceptividad del embargo sobre bienes del administrador, los liquidadores y los integrantes del órgano de control interno. La norma dispone que «*siempre que... el juez dis-pondrá el embargo*». En este sentido, MARTÍNEZ BLANCO sostiene la preceptividad del embargo previsto en el art. 24 de la LC<sup>1620</sup>. También, RODRÍGUEZ MASCARDI, sostiene que no es facultativo del juez de concurso decretar o no el embargo preventivo sino que, de darse la hipótesis prevista en la LC, necesariamente debe decretarse el embargo<sup>1621</sup>.

La actividad valorativa del juez, en el art. 24, según esta doctrina, se limita a la determinación de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer a la masa pasiva. Esa determinación la hará, si posee los elementos suficientes, en la propia sentencia declaratoria del concurso. Sin perjuicio de ello, el art. 24 autoriza al juez a que en cualquier momento posterior a dicha sentencia, en que constate que la masa activa es insuficiente para satisfacer a la masa pasiva, decrete la medida de embargo.

Es preciso señalar que en la hipótesis de embargo prevista en el art. 25 de la LC – esto es, el que recae sobre ex administradores, ex liquidadores o ex integrantes del órgano de control interno - la traba o no del embargo está supeditada a una valoración discrecional del juez sobre el peligro de lesión o

---

<sup>1620</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Concursal...* (2012), pp. 189.

<sup>1621</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., pp. 156 y 157.

frustración del derecho de los acreedores a obtener un resarcimiento de las personas referidas en el art. 25 y el peligro en la demora. En el caso, además, el carácter potestativo de la facultad concedida al juez del concurso, se acentúa porque el art. 25 utiliza el giro «*podrá trabar embargo*».

### ***B. Instrumentalidad y proporcionalidad***

Las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible «*la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*» (art. 726.1, 1<sup>a</sup>, LEC), en forma proporcionalmente adecuada a los fines pretendidos. De modo que sólo se adoptará cuando no sea susceptible de «*sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado*» (art. 726.1, 2<sup>o</sup>. LEC)<sup>1622</sup>. Si son varias las medidas que se pueden acordar, se debe adoptar la menos perjudicial e, incluso, si las circunstancias varían, deberá modificarse por una menos gravosa<sup>1623</sup>. Así está previsto en la legislación procesal uruguaya (art. 313 CGP), que atribuye al tribunal la facultad de apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente.

A los efectos de ajustarse a estos caracteres que son referidos, en general, respecto de todas las medidas cautelares, el art. 48 ter de la LCE incorporó la exigencia que «*de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit*». De modo que, si no se vislumbra fundadamente la condena a la cobertura del déficit, no procederá la traba de embargo, puesto que carecería de la instrumentalidad y proporcionalidad que toda medida cautelar debe contemplar.

---

<sup>1622</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal civil...* (2011), pp. 422 y 423; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y CALDERÓN CUADRADO, *Derecho jurisdiccional*, t. 2 (2012), pp. 699 y 700.

<sup>1623</sup> ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil...* (2012), p. 489.

## II. Condiciones de procedencia

### A. *Procedencia de oficio o a solicitud de la administración concursal*

#### 1. Legislación española

En el art. 48 ter de la LCE se establece que los embargos pueden ser decretados de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal.

En la jurisprudencia y doctrina españolas se ha entendido que los acreedores no están legitimados para solicitar este embargo<sup>1624</sup>, aunque demuestren un interés legítimo, ni siquiera en el caso del acreedor instante<sup>1625</sup>. No obstante, se considera que la solicitud de un acreedor, a pesar de carecer de eficacia jurídico-formal, debe ser considerada al menos como un aviso para el juez o para la administración concursal<sup>1626</sup>.

#### 2. Legislación uruguaya

El art. 24 de la LC, claramente, dispone que el juez tiene el poder-deber de decretar el embargo, siempre que de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor, resulte que su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo<sup>1627</sup>. Del mismo modo - siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, se conocía el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora - el art. 25 de la LC

---

<sup>1624</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, de 9/3/2012 (*JUR* 2012/209004) ponente GARCÍA GARCÍA; SAP de Barcelona de 26/7/2007 (AC 2008\424).

<sup>1625</sup> VILA FLORENSA, «Comentarios al artículo 48», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, p. 270.

<sup>1626</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad...», p. 95.

<sup>1627</sup> En la norma que sirvió de fuente al art. 24 de la LC – el art. 25 de la PALC – se distinguen dos hipótesis: la traba de embargo en la propia sentencia declaratoria del concurso y la traba de embargo en cualquier otro momento, durante la tramitación del concurso. La petición de parte sólo se exige para esa segunda hipótesis.

faculta al juez a decretar el embargo por sí, de oficio, sin necesidad de que la medida le sea peticionada.

En la doctrina uruguaya se ha sostenido que los embargos previstos en los arts. 24 y 25 sólo proceden a instancia de parte, en la medida que esas medidas trascienden al deudor y alcanzan a terceros vinculados a él, y a que no se trata de un efecto directo de la declaración concurso y de las presunciones legales asociadas a él. Se argumenta que el art. 311.3 del CGP<sup>1628</sup> establece que las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte<sup>1629</sup>.

No compartimos esta opinión. La adopción de estas medidas cautelares no requiere instancia de parte, ni siquiera del síndico o del interventor<sup>1630</sup>. Por nuestra parte, entendemos que, los arts. 24 y 25 de la LC constituyen una excepción al régimen general aplicable a las medidas cautelares, hipótesis que se encuentra prevista en el art. 311.3 del CGP. La existencia de una previsión expresa se debe, precisamente, a la necesidad de facultar al juez para que, de oficio, decrete esta medida cautelar.

Naturalmente, no existe ningún impedimento para que el síndico, el interventor, cualquiera de los acreedores o, en definitiva, cualquiera que demuestre un legítimo interés, inste al juez para que cumpla con su deber de decretar el embargo sobre bienes de los administradores, liquidadores o los integrantes del órgano de contralor interno. Aunque la norma nada dispone en cuanto a si el embargo puede decretarse a instancia de parte, parecería claro que

---

<sup>1628</sup> Art. 311.3 CGP: «Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.»

<sup>1629</sup> CARDINAL y ELIZALDE, «Medidas cautelares en la Ley 18.387 de Concursos y Reorganización Empresarial», *LL Uruguay*, v. 2, n° 8 (2009), p. 890.

<sup>1630</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...*, p. 189.

si el juez no lo ha dispuesto de oficio, las partes en el proceso podrían solicitarlo<sup>1631</sup>.

En este caso, se entiende, también, que no sería necesario que el solicitante constituya contracautela, por cuanto se trataría de un tercero que se limita a dar impulso procesal a una medida que debió haber sido tomada de oficio<sup>1632</sup>.

### 3. Legislación argentina

El art. 176 de la LCA establece que, bajo la responsabilidad del concurso y a pedido del síndico, el juez puede adoptar las medidas precautorias por el monto que determine, aun antes de iniciada la acción<sup>1633</sup>. No obstante, atento al carácter publicístico que se le otorga a la legislación concursal vigente en la Argentina, se entiende que el embargo puede ser decretado de oficio por el juez<sup>1634</sup>.

Como toda medida cautelar, habrá que acreditar los dos recaudos que exige la doctrina procesalista: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. La jurisprudencia ha determinado que procede la cautelar prevista en el

---

<sup>1631</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., pp. 156 y 157.

<sup>1632</sup> VALLARINO BERRETA, «Responsabilidad de los administradores en las empresas en crisis», *XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (2010), p. 571.

<sup>1633</sup> Art. 176, §§ 1 y 2, de la LCA: «*Medidas precautorias. En los casos de los artículos precedentes, bajo la responsabilidad del concurso y a pedido del síndico, el juez puede adoptar las medidas precautorias por el monto que determine, aun antes de iniciada la acción.*

*Para disponerlo se requiere que sumaria y verosímilmente se acredite la responsabilidad que se imputa.»*

<sup>1634</sup> BOQUÍN, «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, dir. ARECHA, coord. ALONSO (2009), p. 275; QUEVEDO MENDOZA, «Las medidas cautelares en el proceso concursal», *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, t. 1 (1998), p. 221.

art. 176 ante la existencia de datos que revelen graves irregularidades en la gestión de la empresa<sup>1635</sup>.

En cuanto a la contracautela, corresponde destacar que el art. 176 de la LCA dispone que la medida precautoria se adoptará «*bajo la responsabilidad del concurso*». Algunos autores entienden que esta expresión implica que la medida sólo procede si el concurso cuenta con activo suficiente para responder por los perjuicios eventuales. En caso contrario, debería constituirse otra garantía suficiente<sup>1636</sup>.

Otros autores consideran que la expresión «*bajo la responsabilidad del concurso*» significa que se exime a la sindicatura de prestar otra garantía que no sea los bienes que integran la masa activa de la quiebra. El síndico, como órgano del concurso, actúa en interés de la Ley y ésta al conferirle legitimación le debe conceder, también, la posibilidad real de asegurar el resultado de los accionamientos que se ponen a su cargo<sup>1637</sup>.

### ***B. Procedencia inaudita altera pars***

Se ha considerado que el embargo se debe ordenar siguiendo el trámite previsto para los incidentes concursales (art. 192.1 LCE), por ser éste el indicado toda vez que las cuestiones que se susciten durante el concurso no tengan señalada otra forma de tramitación<sup>1638</sup>. Lo mismo podría decirse respecto al trámite para ordenar un embargo concursal bajo la legislación uruguaya, puesto

---

<sup>1635</sup> SCNCom, Sala B, de 4/10/1996, «Sadam SA c/ Bolloasina, Raquel» (JA, 1998-I-899).

<sup>1636</sup> OTAEGUI, *La extensión de la quiebra* (1998), p. 190; ROUILLON, *Reformas al régimen de los concursos: comentario a la Ley 22.917* (1986), p. 280.

<sup>1637</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad en el proceso falencial», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos* (2009), pp. 314 y 315.

<sup>1638</sup> VALPUESTA GASTANMIZA, «Comentario al artículo 48 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. CORDÓN MORENO (2004), p. 399.

que el art. 250 de la LC, también, remite al procedimiento de los incidentes, en todos los casos en que la Ley no disponga un procedimiento especial<sup>1639</sup>.

Si así fuere, el corolario sería que el embargo no podría ser ordenado sin un previo traslado a quien se pretende embargar, permitiendo tanto alegaciones como la práctica de prueba<sup>1640</sup>.

Contrariamente, se ha entendido que cuando concurren y se acreditan razones de urgencia (art. 733.2 LEC), el traslado no sería imperativo<sup>1641</sup>. Así fue entendido por la AP de Barcelona que, desestimando una petición de nulidad, mantuvo el embargo ordenado *inaudita altera pars*. La AP de Barcelona consideró que si la medida de embargo concursal puede ser acordada de oficio por el juez desde la declaración del concurso, debe admitirse necesariamente que puede ser ordenada sin un previo traslado al embargado<sup>1642</sup>, según se expresa literalmente hoy en el art. 48 ter de la LCE.

---

<sup>1639</sup> Art. 250 LC: «(Incidente concursal). En todos los casos en que la ley no disponga un procedimiento especial, o establezca plazos o soluciones procesales especiales, las oposiciones, impugnaciones y demás controversias que se susciten durante el trámite del concurso serán sustanciadas ante el propio Juez del Concurso por el procedimiento de los incidentes establecido en el Código General del Proceso, con las siguientes peculiaridades:

1. Se aplicarán en todos los casos las normas para los incidentes fuera de audiencia.
2. Todos los actos procesales serán notificados en la oficina.
3. El Juez deberá fijar los plazos para las actuaciones procesales, de modo que los mismos no determinen una demora respecto de los restantes plazos establecidos por la ley para las etapas del concurso.»

<sup>1640</sup> VALPUESTA GASTANMIZA, op. cit., p. 399.

<sup>1641</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», p. 95.

<sup>1642</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 151 de 20/4/2006 (JUR 2006\272705) ponente GARRIDO ESPÁ.

### III. Compatibilidad con otros embargos

La doctrina considera que la medida cautelar en análisis es plenamente compatible con las que pudieran dictarse, incluido el embargo preventivo, con anterioridad a la declaración de concurso, en el trámite que media entre la solicitud y la declaración judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 17 de la LCE, o la que posteriormente pudiera adoptarse en el auto de declaración de concurso (art. 21.4 LCE), pues obedecen a finalidades distintas. El embargo previsto en el art. 48 ter tiene por finalidad la efectiva realización de los créditos, para el supuesto de que nazcan responsabilidades específicas del concurso, una vez abierta la fase de liquidación<sup>1643</sup>.

En el caso del Derecho uruguayo entendemos que, también, es posible solicitar el embargo sobre bienes y derechos de personas que pudieran resultar afectadas por la calificación, al amparo de la legislación procesal aun en casos en que no procediere de acuerdo con la legislación concursal. Recuérdese que el embargo sólo puede solicitarse al amparo de las normas concursales uruguayas, si el concurso fuere necesario (art. 24). No obstante, que el concurso sea voluntario no impide su calificación como culpable, ni la condena a los afectados por la calificación a indemnizar los daños causados y a la cobertura del déficit (arts. 196 y 201 LC). Por lo tanto, la traba de embargo, a los efectos de impedir que los que eventualmente resulten afectados por la calificación se insolventen durante el proceso, es especialmente relevante.

---

<sup>1643</sup> MARTÍN REYES, op. cit., pp. 865 y 866.

## *Capítulo segundo: Requisitos del embargo*

El embargo no es aplicable preceptivamente<sup>1644</sup> sino únicamente si concurren los requisitos exigidos en el art. 48 ter de la LCE. Estos requisitos varían según se trate del embargo a administradores, liquidadores y apoderados generales o a socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad.

Alguna doctrina entiende que lo dispuesto en la legislación concursal ha de ser completado con lo establecido en la LEC, en sede de medidas cautelares<sup>1645</sup>. En especial, los tribunales deben verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 728 de la LEC, al amparo de lo dispuesto en la disposición final 5<sup>a</sup> de la LCE<sup>1646</sup>.

### **I. Legislación concursal**

El art. 48 ter de la LCE contiene las exigencias siguientes respecto al embargo a administradores, liquidadores y apoderados generales: que se haya declarado el concurso; y que *«de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit»*.

Respecto de este embargo no se exige la acreditación de que *«la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas»*. Este requisito sólo se exige para el embargo a socios personalmente responsables.

En la legislación uruguaya los requisitos son los siguientes: que se trate de un caso de concurso necesario; y que el activo no sea suficiente para satisfacer al pasivo.

---

<sup>1644</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 430 de 26/7/2007 (AC 2008\424) ponente GARRIDO ESPÁ.

<sup>1645</sup> Las disposiciones generales de las medidas cautelares se encuentran en los arts. 721 a 729 de la LEC, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en los arts. 730 y siguientes; recogiendo expresamente en el art. 727.1<sup>a</sup>, como medida cautelar específica *«el embargo preventivo de bienes»*.

<sup>1646</sup> AJM n° 1 de Cádiz, de 5/5/2006 (AC 2006\844) ponente ORELLANA CANO.

En el caso de embargo de personas vinculadas anteriormente con la sociedad concursada, el art. 25 de la LC sólo exige que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora.

### **A. Declaración del concurso**

El embargo previsto en el art. 48 ter puede ser decretado por el juez del concurso desde la declaración del concurso<sup>1647</sup>. De manera que queda expresamente excluida la posibilidad de acordar el embargo con anterioridad a dicha declaración<sup>1648</sup>. Dado el tenor del art. 24 de la LC, daría la impresión de que tampoco podría decretarse el embargo antes de la declaración del concurso, puesto que la norma establece que procede «*en caso de concurso necesario*».

### **B. Declaración de concurso necesario**

El art. 24 de la LC prevé el embargo de los bienes de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno, sólo en caso de concurso necesario de la persona jurídica deudora. Esto no está previsto en la LCE, por lo que no constituye un requisito del embargo concursal para esa legislación, pudiendo decretarse tanto en caso de concurso necesario como de concurso voluntario.

La limitación al ámbito del concurso necesario que contiene la LC no parece ser justificada, ya que, también, en el concurso voluntario, es fundamental mantener incólume el patrimonio de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, para el caso en que el concurso sea calificado culpable. El art. 196 de la LC dispone que el incidente de calificación sólo no se formará si, acumulativamente, se reúnen dos condiciones: que el concurso sea

---

<sup>1647</sup> SJM 1 de Cádiz, de 5/5/2006 (AC 844); SJM 1 de Sevilla, de 13/6/2007 (ADCo, n° 13, 2008, p. 432); SJM 1 de Bilbao, de 12/7/2007 (ADCo, n° 13, 2008, p. 435).

<sup>1648</sup> VILA FLORENSA, «Comentarios al artículo 48», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (2004), p. 270.

voluntario y que el convenio aprobado permita la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años o, en caso de liquidación, que de lo actuado resulte que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo. De modo que, aun en el caso de concurso voluntario podrá formarse un incidente de calificación que, eventualmente, podría culminar en una condena a los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, por el déficit concursal (art. 201 LC).

Entendemos que igualmente sería posible solicitar el embargo de los bienes de administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control de una sociedad deudora, aunque el concurso sea voluntario, bajo las normas y requisitos establecidos en el CGP para las medidas cautelares.

Corresponde precisar que el art. 25 no reitera la exigencia que estamos analizando. No obstante, existe doctrina que considera que, pese a la indistinción con que trata el tema el art. 25, son de aplicación las mismas exigencias previstas en el art. 24, como condición para que se pueda decretar el embargo. Esa doctrina re-curre a una interpretación fundada en que los arts. 24 y 25 de la LC, surgieron de la división de un único artículo del Anteproyecto de Ley de Quiebras y Concordatos Preventivos (1998). Según esta interpretación, a pesar de que por efecto de una división de la norma originaria, quedaron en el art. 24 las condiciones de procedencia del embargo y en el inc. 2 del art. 25 la determinación del término por el cual se puede mantener esta medida cautelar, ambos artículos debieran ser interpretados como si fueran sólo uno y sus disposiciones aplicadas, indistintamente, al embargo sobre los sujetos referidos en uno u otro artículo. Esta opinión la entienden reforzada por la expresión «*El Juez... también*», que se emplea al comienzo del art. 25<sup>1649</sup>.

---

<sup>1649</sup> Así lo entienden MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., pp. 189 y 190, y RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 157.

Por nuestra parte, pensamos que, para poder recurrir a una interpretación basada en la historia fidedigna de la sanción de la Ley, el tenor literal del art. 25 debiera no ser claro. Sin embargo, el sentido literal del art. 25 es perfectamente claro. Simplemente, en nuestra

Por su parte, CARDINAL y ELIZALDE observan que en la medida que el art. 25 de la LC no distingue en qué tipo de concursos podría disponerse el embargo, éste, también, podría decretarse en concursos voluntarios iniciados por los actuales administradores y representantes de la concursada<sup>1650</sup>.

En nuestra opinión, no cabe duda que sí. Las limitaciones previstas en el art. 24 para la medida cautelar prevista en dicha norma, no puede ser extendida a la hipótesis prevista en el art. 25. Por otra parte, sería conveniente que así fuera, puesto que, como se señaló al analizar el art. 24, no existe ninguna razón para limitar el embargo a los casos de concurso necesario.

### ***C. Fundada posibilidad de condena a la cobertura del déficit***

En su redacción original, la norma que habilitaba el embargo de bienes y derechos de administradores o liquidadores – art. 48.3 LCE – habilitaba que se ordenase esta medida cautelar cuando de lo actuado resultare «*fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas*». La jurisprudencia, entonces, siendo el activo inferior al pasivo, ordenaba el embargo si entendía que existían

---

opinión, sucede que allí sólo se dispuso una única exigencia para facultar al juez a decretar el embargo: la constatación de que los sujetos mencionados en el art. 25, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora.

En cuanto a la expresión *también*, simplemente está referida a que así como se puede trabar embargo sobre los bienes de quienes son administradores, liquidadores o integrantes del órgano interno de control, al tiempo de solicitar el concurso, también, el embargo puede ser decretado sobre quienes tuvieren conocimiento del estado de insolvencia en los dos años anteriores. No existe ni en el art. 24, ni en el art. 25, ninguna remisión recíproca, ni necesidad de la misma.

<sup>1650</sup> CARDINAL y ELIZALDE, op. cit., p. 890.

indicios serios y fundados, que permitiesen anticipar la eventual calificación culpable del concurso<sup>1651</sup>.

La Ley 38/2011 introduce un cambio sustancial en cuanto a este requisito, en un sentido que consideramos teóricamente acertado. Puesto que la calificación culpable del concurso no necesariamente conlleva una condena por el déficit concursal, por lo que no parecería ser justificación suficiente para adoptar medidas cautelares sobre los eventuales afectados por la sentencia de calificación.

De acuerdo a lo se dispone en el art. 48 ter de la LCE el embargo puede ordenarse cuando de lo actuado resulte «*fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación*». De modo que no basta con la verificación de indicios que permitan anticipar la calificación culpable y esto tiene sentido. Es necesario que exista una posibilidad fundada de condena a la cobertura del déficit.

Parece claro que para *fundar la posibilidad de condena al pago del déficit* no alcanza un mero indicio o pura sospecha de que los eventuales afectados por la calificación incurrieron en alguno de los supuestos de culpabilidad previstos en los art. 164.2 y 165 de la LCE<sup>1652</sup>, sino también la posibilidad de que acaezcan los demás presupuestos de una condena por el déficit. Entre estos estará, por supuesto, la posibilidad de la apertura de la fase de liquidación, la existencia del déficit y la calificación culpable del concurso. Pero corresponderá añadir, para alguna doctrina y jurisprudencia, la posibilidad de que exista un nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia y, para otra, la valoración del comportamiento en relación con la actuación que se estima que determinará la calificación culpable del concurso. Es evidente, entonces, que la condición impuesta por la actual redacción del art. 48 ter torna mucho más compleja la labor

---

<sup>1651</sup> AJM 1 de Bilbao, de 19/11/2008 (ADCº nº 14, 2008, p. 548); SJM 1 de Bilbao, de 12/7/2007.

<sup>1652</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 296.

del magistrado y prácticamente le impone que analice anticipadamente temas que sólo podrá estar en condiciones de discernir apropiadamente al culminar la sección de calificación.

No obstante, entendemos – tomando en cuenta la posición que hemos asumido en cuanto a la función de la responsabilidad por el déficit y considerando indicios que fueron considerados suficientes por la jurisprudencia y doctrina anterior a la reforma – que la posibilidad de una condena a la cobertura del déficit puede, igualmente, fundarse en los siguientes actos u omisiones:

- la omisión de llevar contabilidad o su no aportación al proceso;
- la existencia de una doble contabilidad o que se hayan cometido irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad o graves inexactitudes en las cuentas y estados financieros (art. 164.2.1º)<sup>1653</sup>;

---

<sup>1653</sup> En SAP de Barcelona, Sec. 15, fue revocado el AJM 4 de Barcelona, de 1 de setiembre de 2005, que decretaba el embargo preventivo de bienes de los administradores, por irregularidad relevante en la teneduría de libros contables, atendiendo a la insuficiencia de la masa activa para el pago de todas las deudas sociales y la liquidación de la entidad deudora.

La AP de Barcelona, entendió que lo esencial para la adopción de una medida de cautelar sobre el patrimonio de los administradores, era que aquella conducta, fuese susceptible de haber generado o agravado la insolvencia de la entidad. La irregularidad contable que se acreditó en el caso, podría traducirse en la declaración de culpabilidad del concurso pero no tiene incidencia *per se* en la generación de la insolvencia de la entidad, ni en su agravación. La insolvencia, en el caso, obedeció a otras causas como lo fue la crisis de los clientes morosos, reflejada en la incapacidad de la concursada de mantenerse en el mercado. La incapacidad de la sociedad para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles no guarda relación con el defectuoso e irregular reflejo de los créditos que se mencionan en los documentos contables. En consecuencia, estimó la AP que no concurrió el *fumus boni iuris* que justificase la medida cautelar decretada, procediendo, por lo tanto, a estimar el recurso interpuesto por los administradores (SAP de Barcelona, Sec. 15, de 27/9/2007, AC 2007\463).

- la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de la concursada en los años anteriores a la declaración del concurso;
- la incursión en falsedades e inexactitudes graves en relación con operaciones patrimoniales entre las sociedades del grupo;
- la falta de colaboración de la concursada, aportando con retraso la documentación e información necesaria a la administración concursal<sup>1654</sup>.

#### ***D. Insuficiencia de la masa activa***

La insuficiencia de la masa activa no es un presupuesto directamente exigido por la LCE para la traba de embargo sobre bienes de los administradores, liquidadores y apoderados generales. No obstante, se encuentra implícito en el requisito anteriormente referido, puesto que no habrá condena si no existe déficit. Por otra parte, corresponde que nos refiramos igualmente a este requisito, por cuanto sí es un presupuesto del embargo sobre bienes de los socios personalmente responsables y, así mismo, está previsto en la legislación uruguaya como requisito para el embargo sobre bienes de administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

Sobre esta cuestión corresponde precisar, en primer lugar, que dada la modificación de la norma que habilita la condena por el déficit concursal – que ya no refiere a los «*acreedores concursales*» como hacía el derogado art. 172.3 de la LCE, sino al «*déficit*» - ha quedado convalidada la opinión de la doctrina que ya antes de la reforma del 2011 consideraba que para la determinación de la insuficiencia de la masa activa debían tenerse en cuenta, también, los créditos contra la masa<sup>1655</sup>.

---

<sup>1654</sup> SJM 1 de Sevilla 13/6/2007; SJM 1 de Cádiz 5/5/2006.

<sup>1655</sup> ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, «Comentario al artículo 48 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, coord. SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (2003), p. 529.

En segundo lugar, surge en forma evidente el problema de que la determinación de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas impone la realización de un examen preliminar del estado patrimonial de la persona jurídica deudora. Luego, el embargo sólo procederá si de dicho examen preliminar resultase que la masa activa no es suficiente para satisfacer al pasivo concursal.

Esta condición pareciera resultar determinada por una comparación meramente aritmética entre la masa activa y la masa pasiva, poco menos que automática. No obstante, en los hechos, no es así.

No es así porque, al momento de dictar la sentencia que declara el concurso, el juez tiene muy pocos elementos para determinar la verdadera composición de la masa activa y la masa pasiva. El juez, en esa etapa del proceso concursal, sólo tiene en el expediente, los estados contables presentados por el deudor. Ni siquiera la apertura de la fase de liquidación determina la existencia de déficit patrimonial<sup>1656</sup>.

La verdadera relación entre la masa activa y la masa pasiva, recién va a poder ser determinada mucho después, básicamente, en virtud de la conformación que de las mismas realice la administración concursal. Habrá que esperar a la dilucidación de las acciones revocatorias y reivindicatorias, que se tramiten, así como a recibir las insinuaciones de los acreedores que acudan al proceso, para tener una idea real de la suficiencia o no del activo para satisfacer a la masa pasiva<sup>1657</sup>.

Por otra parte, un activo menguado, enfrentado a un pasivo que haya sido negociado a largo plazo y, por lo tanto, inexigible en lo inmediato, puede ser suficiente para satisfacer a la masa pasiva. Del mismo modo, el mantenimiento de la *empresa en marcha*, puede aportar recursos para la satisfacción de la masa

---

<sup>1656</sup> BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 315.

<sup>1657</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad...», p. 93.

pasiva, a pesar de que, aritméticamente, la masa activa sea muy inferior a la masa pasiva.

Parece razonable pensar, entonces, que la exigencia en análisis no debe ser objeto de una interpretación estricta y literal, ni limita la decisión del juez, a una consideración aritmética. Por el contrario, al incluirse en la norma una referencia a la *suficiencia*, nos parece claro que el juez deberá realizar una valoración de todas las circunstancias del caso, en forma discrecional bastando, entonces, con que el juez considerase la posibilidad de que la masa activa resultase insuficiente o claramente insuficiente para atender el pago de los créditos concursales o que el concurso esté abocado a la liquidación<sup>1658</sup>.

### *E. Conocimiento del estado de insolvencia*

El art. 25 de la LC - respecto del embargo sobre ex-administradores, ex-liquidadores y ex-integrantes del órgano de control interno - establece como condición para que el juez pueda decretar el embargo, la constatación de que los sujetos afectados por el embargo conocieran el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora. Además, expresamente, se requiere que la resolución sea fundada. Esta exigencia ha sido considerada superflua, puesto que por aplicación de principios y normas procesales generales, es deber del juez fundamentar todas sus decisiones (art. 195-202 CGP)<sup>1659</sup>.

En nuestra opinión, ninguna otra condición puede ser exigida para limitar la facultad del juez de decretar este embargo.

---

<sup>1658</sup> BLASCO GASCÓ, id. *ibid.*; ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, «Comentario al artículo 48 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios* (2004), t. 1, p. 528; VALLARINO BERRETA, «Responsabilidad de los administradores en las empresas en crisis», *XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (2010), p. 571.

<sup>1659</sup> CARDINAL y ELIZALDE, *op. cit.*, p. 891.

## II. Legislación procesal

En la doctrina española se ha considerado que el embargo pre-visto en el art. 48 ter obedece a una situación de carácter extraordinario, que no tiene como presupuesto de aplicación, aquellos previstos con carácter general para la adopción de medidas cautelares en los demás procedimientos judiciales<sup>1660</sup>. Del mismo modo, la doctrina uruguaya mayoritaria considera que para que el juez pueda decretar el embargo previsto en el artículo en análisis, basta que se verifiquen las condiciones explicitadas en el art. 24, esto es que el concurso sea necesario y que el activo sea insuficiente para satisfacer al pasivo concursal<sup>1661</sup>.

Alguna doctrina española<sup>1662</sup> y uruguaya<sup>1663</sup>, en discrepancia con lo expuesto, considera que se deben verificar, también, las condiciones propias de toda medida cautelar, tal como se encuentra dispuesto en la legislación procesal, con las obvias adecuaciones a la especialidad de la materia concursal. En el art. 728 de la LEC, a este respecto, se establecen dos exigencias: la justificación del *peligro por la mora procesal* y de la *apariencia de buen derecho*.

En nuestra opinión, no es necesario integrar disposiciones de carácter excepcional, como la del art. 48 ter de la LCE o los arts. 24 y 25 de la LC. No estamos ante situaciones de vacío legal que lo justifiquen. La normativa concursal exime al juez de relevar la existencia de los presupuestos que exige la normativa procesal general, siempre que se den los presupuestos que esa legislación exige. Por lo tanto, no corresponde la remisión a las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en la legislación procesal.

---

<sup>1660</sup> MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, p. 867.

<sup>1661</sup> MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 189; RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., pp. 156 y 157.

<sup>1662</sup> MENDÍVIL, «De los efectos sobre el deudor», *Tratado práctico concursal*, v. 2, *Efectos de la declaración del concurso* (2009), pp. 204 y 205.

<sup>1663</sup> CARDINAL y ELIZALDE, op. cit., p. 896.

### A. *Fumus boni iuris*

En cuanto al *fumus boni iuris* o *apariencia de buen derecho*, el art. 728.2 de la LEC preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificacio-nes documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indicia-rio favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios. En el caso concreto del embargo sobre bienes del administrador, se ha considerado posible deducir el *fumus boni iuris* de la propia declaración del concurso y cuando existan elementos suficientes para que el juez pueda anticipar que el concurso será calificado como culpable, siendo la masa activa insuficiente para satisfacer el pasivo, puesto que, en dicha hipótesis las personas afectadas por la calificación podrían llegar a ser condenados al pago del déficit concursal<sup>1664</sup>.

No obstante, la AP de Barcelona ha considerado que no basta con anticipar el resultado culpable del concurso, sino que se debe acreditar la existencia de indicios de que el administrador, liquidador o apoderado general han desarrollado conductas idóneas para generar o agravar la situación de insolvencia. Esto es, debe acreditarse, al menos indiciariamente, que *«se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello»*<sup>1665</sup>.

Por nuestra parte - sin perjuicio de considerar que las exigen-cias de la legislación concursal para el dictado de medidas cautelares en general, no son trasladables al embargo concursal - eventualmente, será posible deducir el *fumus boni iuris* de la propia declaración del concurso, dependiendo de la presunción de insolvencia que sirve de fundamento a dicha declaración. Así, por ejemplo, en el caso de que el concurso haya sido declarado en función de las presunciones previstas en los n<sup>os</sup> 3 ó 4 del art. 5 de la LC, la verosimilitud del derecho a

---

<sup>1664</sup> SJM 1 de Sevilla 13/6/2007; SJM 1 de Cádiz 5/5/2006.

<sup>1665</sup> AAP de Barcelona, Sec. 15, 6/2/2006 (*JUR* 2006\242022).

obtener una sentencia de condena en el incidente de calificación, ya está implícita.

### ***B. Periculum in mora***

En la opinión de alguna doctrina, a pesar de que la legislación concursal no lo prevea expresamente, para que proceda el embargo cautelar sobre bienes de las personas afectadas por la calificación, debe el juez considerar la existencia, en el caso concreto, de *perigo por la mora procesal*<sup>1666</sup>.

En cuanto al *periculum in mora* o *perigo por la mora procesal*, el art. 728.1 LEC, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar, en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares, podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. En el art. 312 del CGP, por su parte, se establece que el tribunal podrá adoptar medidas cautelares siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso, lo que basta con justificar sumariamente<sup>1667</sup>.

El juez del concurso, de ser exigible este requisito, debería apreciar en cada caso que, de no adoptarse las medidas cautelares, durante la pendencia del proceso pudieran llegar a producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El riesgo o peligro por la mora procesal, en una situación concursal, consiste en que los administradores pudieran insolventarse mediante la disposición de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena por el

---

<sup>1666</sup> MENDÍVIL, op. cit., p. 205.

<sup>1667</sup> Art. 312 CGP: «*Procedencia. Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso.*

*La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.»*

déficit<sup>1668</sup>, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial de quien pudiere resultar condenado por el déficit<sup>1669</sup>.

No obstante, debemos insistir en que esta exigencia no ha sido prevista en la legislación y que el peligro derivado por la demora procesal es propio de todo concurso. Adviértase que el incidente de calificación, en nuestra LC, recién se forma cuando se apruebe el convenio u ordene la liquidación de la masa activa (art. 195). Hasta llegar a esa etapa del proceso, habrán transcurrido muchos meses, que son más que suficientes para que los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, se insolventen completamente, para evitar las consecuencias patrimoniales que les pudiera acarrear la calificación culpable del concurso. Coincidentemente, CARDINAL y ELIZALDE expresan que el peligro en la demora se presume como una consecuencia inexorable de un estado de insolvencia que ya fue judicialmente declarado<sup>1670</sup>.

### **C. Caucción**

CARDINAL y ELIZALDE consideran que, por la aplicación supletoria de las normas procesales generales, el juez del concurso podrá exigir la constitución de contracautela a quien solicite la medida cautelar<sup>1671</sup>.

El art. 728.3 de la LEC advierte, como un requisito más, la necesidad de que el solicitante de medidas cautelares preste *«caucción suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado»*.

La doctrina se plantea si la caucción se mantiene como requisito, cuando la medida cautelar sea solicitada por un administrador concursal. Algunos autores

---

<sup>1668</sup> SJM n° 1 de Sevilla 13/6/2007 (ADCº 13, 2008, p. 431) y SJM n° 1 de Cádiz 5/5/2006 (AC 2006\844).

<sup>1669</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad de los administradores...», p. 94.

<sup>1670</sup> CARDINAL y ELIZALDE, op. cit., p. 896.

<sup>1671</sup> CARDINAL y ELIZALDE, id. ibid.

han interpretado el silencio de la LCE, en el sentido de la inexigibilidad de caución alguna al administrador concursal<sup>1672</sup>. Otra doctrina, aun admitiendo la aplicación supletoria de la LEC, coincide en la inexigibilidad de caución a los administradores concursales por otras razones. Se argumenta que la *ratio* que ampara la exigencia de caución al solicitante de medidas cautelares no se verifica si quien la pide es administrador concursal. Se advierte que, aun si se le exigiera a éste que prestase caución, esta debería presentarse no con cargo a su patrimonio personal sino gravando la masa activa. Luego, puesto que los bienes que componen la masa activa sólo pueden ser enajenados con la autorización del juez o se trata de actos que inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, no existe un verdadero riesgo de que falte cobertura a los daños que la medida cautelar pudiera irrogar<sup>1673</sup>.

Este criterio ha sido el seguido por la jurisprudencia española<sup>1674</sup>.

En la jurisprudencia argentina se ha considerado que pretender que el concurso preste contracautela para obtener el embargo preventivo es crear una valla poco menos que insalvable a la gestión del síndico<sup>1675</sup>.

---

<sup>1672</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA, «¿Más responsabilidad de los administradores...», *DN*, v. 139, pp. 5.

<sup>1673</sup> GARCÍA-CRUCES, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), pp. 339 y 340; MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital...», *RDM*, n° 277, p. 866.

<sup>1674</sup> AAJJM n° 5 de Madrid, de 13/1/2006 (*ADCo*, 8, 2006, p. 361); n° 4 de Barcelona, de 10/6/2005 (*ADCo*, 6, 2005, p. 430); n° 2 de Barcelona, de 5/5/2005 (*ADCo*, 6, 2005, p. 422); n° 1 de Barcelona, de 11/4/2005 (*ADCo*, 5, 2005, p. 373); y n° 3 de Madrid, de 9/2/2005 (*ADCo*, 5, 2005, p. 370).

<sup>1675</sup> SCCCom de Rosario, Sala IV, de 19/11/1993, «Villber SA (masa de acreedores) c/Hijos de Miguel Naidich SA».

Por nuestra parte, reiteramos, que la legislación concursal no exige la constitución de contracautela. Además, siendo que el embargo previsto en las disposiciones en análisis tiene carácter preceptivo y debe ser dispuesto de oficio por el propio juez, no tiene sentido alguno la exigencia de contracautelas. La instancia de parte estaría reservada para las hipótesis en que el juez no cumpliera con el ejercicio de su poder-deber de decretar el embargo, que le impone la legislación concursal. El único responsable por decretar esta medida cautelar sería el propio juez.

### III. Nexo causal

Ha sido defendido que una mínima exigencia de seguridad jurídica lleva a imponer que se alegue cuando menos la conducta que se atribuye y, también, la vinculación causal que tendría con la generación o agravación de la insolvencia, acreditando los hechos argumentaciones en que fundar un juicio indiciario y provisional a favor de la responsabilidad de los administradores<sup>1676</sup>.

En este sentido, la AP de Barcelona ha entendido que, además de los requisitos que surgen expresamente del texto del art. 48.3 – hoy art. 48 ter - la adopción de la medida cautelar exige la acreditación de una relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño a los acreedores. La conducta del administrador debe haber generado o agravado el estado de insolvencia<sup>1677</sup>.

Las AAPP de León y de Córdoba, y el JM n° 4 de Madrid, contrariamente, han expresado que para adoptar el embargo concursal sólo es preciso que el concurso se califique como culpable y que exista déficit concursal, sin alusión

---

<sup>1676</sup> SANCHO GARGALLO, «Coloquios», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 418.

<sup>1677</sup> SSAP de Barcelona de 28/5/2007 (ADCo, n° 14, 2008, p. 548). En este mismo sentido, SJM 1 de Bilbao, de 19/11/2007 (ADCo, n° 14, 2008, p. 548).

alguna a relación causal entre los hechos en los que se funda la calificación y la insuficiencia de masa activa para satisfacer las deudas<sup>1678</sup>.

En nuestra opinión, la jurisprudencia de la AP de Barcelona tiene mayor asidero ya a partir de la regulación que la Ley 38/2011 incorporó en el art. 48 ter de la LCE. Tal como ya se expresó, al sustituir la exigencia que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso «*se califique como culpable*», por la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo «*sean condenadas a la cobertura del déficit*», se da lugar a que aquellos que – como la AP de Barcelona a la fecha de las sentencias referidas – atribuyen a la responsabilidad por el déficit una función indemnizatoria, entiendan que debe existir nexo causal entre la conducta de los acreedores y el daño que eventualmente reparará la condena a pagar el descubierto.

Hoy, en función de la nueva redacción dada al art. 172 bis por el Real Decreto-ley 4/2014, a pesar de que el art. 48 ter no exige la acreditación del nexo causal entre la conducta de los afectados y el déficit patrimonial, cobra mayor relevancia la acreditación de un posible nexo causal, puesto que, de lo contrario, no habría condena posible y, por lo tanto, el embargo no cumpliría función cautelar alguna.

No obstante, entendemos conveniente aplicar una cierta flexibilidad al evaluar la prueba respecto a un eventual nexo causal, puesto que de lo contrario, en la práctica será muy difícil obtener la medida cautelar en análisis. Para que esta medida sea de algún provecho, debe ser adoptada junto con la declaración de concurso o poco después de ésta. A esa altura del proceso, salvo casos extremos, es muy poco probable que el juez o la administración concursal estén en condiciones de determinar hasta ese punto el fundamento de la medida.

---

<sup>1678</sup> SAP de León de 13/10/2009 (*JUR* 2009\468889); SSAP de Córdoba de 15/7/2008 (*JUR* 2009\95657) y de 28/3/2008 (*JUR* 2008\216841). AAJM n° 4 de Madrid de 17/1/2006 (*AC* 2006\2088) y de 24/10/2005 (*AC* 2006\109) Y N° 5 de Madrid de 10/10/2005 (*JUR* 2005\279376).

### *Capítulo tercero: Alcance del embargo*

La cuestión del alcance del embargo cautelar en el procedimiento concursal puede ser analizada desde una triple perspectiva. Desde el punto de vista subjetivo, corresponde determinar cuáles son los sujetos cuyos bienes, derechos y acciones pueden resultar afectados por el embargo. Desde el punto de vista objetivo, es relevante determinar si se está ante la posibilidad de afectar en forma genérica a los bienes, derechos y acciones, y hasta qué importe. Desde el punto de vista temporal importa establecer hasta qué momento se ha de mantener la medida y en qué condiciones procede su sustitución o levantamiento.

#### **I. Alcance subjetivo**

El art. 48 ter de la LCE establece que el embargo puede alcanzarse a administradores o liquidadores, de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración<sup>1679</sup>. El art. 24 de la LC establece que el embargo recae sobre administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno. En el art. 25 se prevé la posibilidad de trabar embargos sobre bienes de ex-administradores, ex-liquidadores o ex-integrantes del órgano de control interno, siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora.

##### *A. Derecho español*

Como se viene de decir, los sujetos cuyos bienes y derechos resultan alcanzados por esta medida cautelar son los administradores o liquidadores, de

---

<sup>1679</sup> SJM 1 de Sevilla, de 13 de junio de 2007.

derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 48 ter LCE)<sup>1680</sup>.

La posibilidad de alcanzar con el embargo a los administradores de hecho, ha sido resistida por alguna doctrina. Así, por ejemplo, VILA FLORENSA, argumentando que la norma tiene carácter sancionador, propone una interpretación restrictiva, de manera que la referencia a los administradores anteriores a la declaración del concurso en la extensión temporal de dos años anteriores a la declaración de concurso, se entienda referida exclusivamente a quienes lo hubieran sido de derecho<sup>1681</sup>.

Se ha señalado que el embargo no ha de proceder respecto de todos los administradores sino sólo respecto de aquellos que hayan contribuido dolosamente o con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia<sup>1682</sup>. El criterio de imputación debe relacionarse con la conducta individual de cada uno de los administradores<sup>1683</sup>.

En la jurisprudencia y la doctrina se plantea la duda respecto a si el embargo al administrador de hecho debiera tener carácter subsidiario o no, respecto del embargo al administrador de derecho. Es decir, si sólo puede apreciarse la

---

<sup>1680</sup> LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal...», p. 7.565; VILA FLORENSA, «Comentarios al artículo 48», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, p. 269.

<sup>1681</sup> VILA FLORENSA, «Comentarios al artículo 48», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, p. 269.

<sup>1682</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), p. 310, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, p. 178, GARCÍA RUBIO, «Comentario al art. 48», *Comentarios a la ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 1 (2004), p. 438.

<sup>1683</sup> LLEBOT MAJÓ, «La responsabilidad concursal...», p. 7.565; VILA FLORENSA, «Comentarios al artículo 48», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003*, p. 270.

responsabilidad de los administradores de hecho cuando falten los administradores de derecho o, al menos, cuando sean aparentes, estando privados de competencias reales sobre la concursada, o si, por el contrario, cabe extender a ellos la medida cautelar en forma superpuesta o complementaria<sup>1684</sup>.

La primera tesis fue sostenida en el AJM 1 de Sevilla, de 13 de junio de 2007, en que se decreta el embargo preventivo sólo sobre las participaciones que dos sociedades tenían en otras integrantes del grupo, como administradoras de hecho de la concursada; desestimó embargar a los administradores de derecho, en el entendido de que estos carecían de capacidad de decisión (sic)<sup>1685</sup>. La tesis contraria pareciera ser la sustentada por el AJM 1 de Madrid, de 4 de junio<sup>1686</sup>.

A propósito de lo que se viene tratando, interesa destacar que por AJM de Bilbao de 12 de julio de 2007, en atención a la insuficiencia de la masa activa para atender las reclamaciones de los acreedores y considerando, especialmente, la solicitud de extinción colectiva de las relaciones laborales, decretó de oficio el embargo preventivo solidario<sup>1687</sup> de bienes de quienes actuaron como administradores de derecho dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso y, también, de la sociedad controlante, en tanto administradora de hecho<sup>1688</sup>. El auto declara varias veces que se está en presencia de un grupo solvente, en función de la consulta de las cuentas consolidadas. A este respecto, la doctrina advierte que la falta de personalidad del grupo, impondría un análisis de los diversos activos y pasivos de cada una de las

---

<sup>1684</sup> MERCADAL VIDAL, «La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante...» p. 385.

<sup>1685</sup> AJM 1 de Sevilla, de 13/6/2008 (ADCº 13, 2008, p. 431).

<sup>1686</sup> AJM 1 de Madrid, de 4/6/2008 (ADCº nº 13, 2008, p. 521).

<sup>1687</sup> Ante el silencio de la LCE y la mera exigencia del art. 735.2 de la LEC de que el juez fije «*con toda precisión*» la medida acordada, está abierta la cuestión de la viabilidad de imponer un embargo con carácter solidario (MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 384).

<sup>1688</sup> AJM 1 de Bilbao 12/7/2008 (ADCº nº 13, 2008, p. 435).

sociedades integrantes del mismo<sup>1689</sup>, determinándose hacia dónde se han desviado los recursos y de quién deben recuperarse<sup>1690</sup>.

En una postura similar, el AJM 1 de Sevilla, de 13 de junio de 2007, aceptó decretar el embargo preventivo de las participaciones que dos sociedades - a la postre calificadas como administradores de hecho - tenían en las diferentes sociedades que integraban el grupo. No obstante, descartó el embargo de bienes de los administradores de derecho de la concursada, bajo el argumento de que «*se trata de supuestos en los que la capacidad de decisión no corresponde a las personas formalmente designadas como administradores, sino a otros sujetos que no han sido nombrados y que por tanto no reúnen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de dicho cargo*». La exclusión de los administradores de derecho respecto al alcance subjetivo del embargo, pareciera cuestionable, al menos en tanto no puedan estos acreditar que, en el caso, se verifican los supuestos previstos en el art. 237 para admitir que los administradores sociales se exoneren de la responsabilidad solidaria que les es, en principio imputable. Eso implica no haber intervenido en la adopción y ejecución, del acuerdo o acto lesivo, que desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél<sup>1691</sup>.

En algunas SSJM se ha admitido la extensión del embargo a los bienes de sociedades enteramente controladas por los administradores de hecho de la concursada, sin perjuicio de la traba de embargo sobre los bienes particulares de los apoderados generales considerados como administradores de hecho<sup>1692</sup>.

---

<sup>1689</sup> EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, p. 29.

<sup>1690</sup> MERCADAL VIDAL, «La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC)...», p. 381.

<sup>1691</sup> GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad...*, p. 200.

<sup>1692</sup> SSJM n° 1 de Bilbao de 12/7/2007 (*ADCo* 13, 2008, p. 435); n° 1 de Cádiz, de 5/5/2006 (*AC/2006/844*); n° 2 de Barcelona, de 16/11/2005 (*ADCo*, n° 8, 2006, p. 357); n° 3 de Madrid, de 9/2/2005. Por un comentario de la primera de las sentencias citadas, ver MERCADAL VIDAL,

### ***B. Derecho uruguayo***

El embargo regulado en el art. 24, recae sobre administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno. En esta norma no se especifica que se refiere a quienes ejercen esos cargos al momento de declaración del concurso pero eso se deduce por oposición al ámbito de aplicación que establece el art. 25 para el embargo allí regulado.

Puesto que el art. 201 de la LC prevé que la condena por el déficit recaiga, también, sobre los administradores de hecho, el art. 24 en análisis, también, debió haber previsto el embargo a esta categoría de administradores. La inconsistencia de este art. 24 con lo dispuesto en el 201, se explica porque arrastra la omisión que ya tenía el art. 25 de la PALC. La referencia a estos administradores fue incluida en el art. 48.3 de la LCE, que mejoró en mucho a la PALC pero que nuestro legislador, evidentemente, no tuvo en consideración.

A pesar de la omisión, entendemos que pueden considerarse comprendidos en el art. 24 a los administradores de hecho, en tanto tampoco limita este artículo su aplicación a los administradores de derecho. Luego, no distinguiendo la norma y teniendo en cuenta que el art. 201, también, habilita la condena a los administradores de hecho, entendemos que el juez del concurso tiene el deber de decretar embargo sobre los bienes de los administradores de hecho, en las mismas condiciones establecidas por el art. 24 para todos los administradores.

---

«La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada (en torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Bilbao)», *ADCo*, n° 14 (2008), pp. 373-388.

## II. Alcance objetivo

### A. Objeto del embargo

La medida cautelar referida puede consistir tanto en un embargo específico de bienes concretamente individualizados como, también, en un embargo general de créditos, derechos y acciones<sup>1693</sup>.

### B. Suma por la que se decreta el embargo

La doctrina considera que el embargo debe ascender, por lo menos, a la diferencia entre el activo y el pasivo concursales<sup>1694</sup>.

La entidad de esta diferencia es difícil que pueda ser determinada al momento de declarar el concurso. Por ello, en un caso de la jurisprudencia española, se optó por fijar el monto del embargo, conforme a un criterio prudencial basado en la cifra de pérdidas de la concursada, según su propia información financiera, incrementada en atención a las previsibles deudas y gastos de la masa<sup>1695</sup>.

La doctrina entiende que la cuantía por la que se embarga no es inamovible, sino que la variación de las circunstancias y las vicisitudes del concurso pueden aconsejar que se revise el importe del embargo adecuándolo a la efectiva responsabilidad solicitada o declarada<sup>1696</sup>.

---

<sup>1693</sup> RODRÍGUEZ MASCARDI et al., op. cit., p. 157.

<sup>1694</sup> GARCÍA GARCÍA, «Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso», *ADCo*, n° 12 (2007), p. 186.

<sup>1695</sup> AJM 1 de Bilbao, de 12/7/2008 (*ADC*, n° 13, 2008, p. 435).

<sup>1696</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad...», p. 100.

### III. Alcance temporal

#### A. Duración del embargo

En cuanto a la duración del embargo concursal, se ha sostenido que se ha de mantener hasta la finalización de los procedimientos concursales, salvo que haya recaído una sentencia judicial sobre la responsabilidad de cualquiera de los sujetos mencionados.

En la legislación uruguaya esto no ha sido así dispuesto en el art. 24 sino en el § 2 del art. 25. No obstante, la doctrina considera que lo dispuesto en dicho párrafo es, también, aplicable al art. 24, por considerar que ambos artículos – 24 y 25 – deben ser considerados unitariamente. Se funda esta idea, en que la fuente de estos artículos se encuentra en una única previsión del Anteproyecto de Ley de Quiebras y Concordatos Preventivos (1998)<sup>1697</sup>.

Por nuestra parte, no estamos muy convencidos de que se pueda recurrir a la consideración de un antecedente presentado por el Poder Ejecutivo al Parlamento, diez años antes de que se aprobara la LC y que, como se sabe, fue objeto de múltiples modificaciones por diversos autores. En definitiva, el criterio hermenéutico que debe guiar al intérprete de la Ley, se encuentra establecido por el art. 17 del CC: «*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, con el pretexto de consultar su espíritu.*»

El tenor literal desempeña una doble misión: constituye el punto de partida para la indagación del sentido y, al mismo tiempo, constituye un límite a la actividad del intérprete. Una interpretación que evada en ámbito del sentido literal posible, deja de ser interpretación para pasar a ser modificación.

En el caso, tenemos que el § 2, del art. 25 establece, expresamente que «*estos embargos*» son los que se conservarán hasta la finalización de los procedimientos concursales. La expresión «*estos embargos*» sólo puede ser entendida como una referencia a los embargos referidos en el inc. 1, que le precede. Además, al final

---

<sup>1697</sup> MARTÍNEZ BLANCO, op. cit., p. 189.

del inc. 2 se hace referencia a «*los sujetos mencionados en el inciso anterior*», con lo cual confirma que sus disposiciones no alcanzan a los sujetos referidos en el art. 24.

No obstante, es sensato que el embargo sólo se mantenga hasta la finalización del proceso concursal, salvo la hipótesis en que exista una sentencia de condena sobre alguno de los sujetos afectados por la medida cautelar. Entendemos que, por aplicación de lo dispuesto en el n° 3 del art. 313 del CGP<sup>1698</sup>, al decretar el embargo, el juez deberá determinar el término de su duración, que podrá coincidir o no, con el término que surge del art. 25 de la LC.

### ***B. Sustitución y levantamiento de embargo***

El art. 48 ter prevé que la cuantía por la que se traba el embargo, podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito. Parece evidente que lo que cabe sustituir es el embargo, no su cuantía, a pesar del tenor literal de la norma referida.

El levantamiento del embargo procede toda vez que desaparecan los motivos que lo causaron. Por lo tanto, debe levantarse si no se abre la fase de liquidación. No obstante, la doctrina señala que la mera conclusión de la fase común y la apertura de la fase de convenio no son suficientes para proceder al levantamiento del embargo, puesto que si no se presenta una propuesta de convenio cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta se abrirá de oficio la liquidación. Parece prudente, entonces, esperar a la

---

<sup>1698</sup> Art. 313, n° 3, CGP: «*Facultades del tribunal. En todo caso corresponderá al tribunal:*

1) *Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente;*

2) *Establecer su alcance;*

3) *Establecer el término de su duración (...)*»

celebración de la junta para evitar maniobras encaminadas únicamente a levantar el embargo<sup>1699</sup>.

Procede, igualmente, el levantamiento del embargo si no se solicita la calificación culpable del concurso, si ni en el informe de los administradores concursales, ni en el dictamen fiscal se solicita la responsabilidad concursal del sujeto pasivo del embargo o si la sentencia es absolutoria<sup>1700</sup>.

---

<sup>1699</sup> SANCHO GARGALLO, «Calificación del concurso», *Las claves de la Ley Concursal* (2005), pp. 579 y 580.

<sup>1700</sup> BLASCO GASCÓ, «Responsabilidad...», pp. 99 y 100.



## SEXTA PARTE: OTRAS RESPONSABILIDADES CIVILES Y SU COMPARACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT CONCURSAL

Sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales<sup>1701</sup>, la responsabilidad civil de los administradores de hecho por pasivos de la sociedad, no sólo puede encontrar sustento en la legislación concursal sino, también, en la societaria. Así, por ejemplo, en la legislación italiana, donde no existe un régimen específico de responsabilidad por el déficit establecido en la normativa concursal<sup>1702</sup>, se optó por extender la aplicación del régimen de la responsabilidad

---

<sup>1701</sup> En el art. 248 de la LC se contempla una hipótesis de responsabilidad penal en caso de fraude concursal: «(Fraudes concursales). El deudor que, fuera de lo establecido en el artículo 253 del Código Penal y en oportunidad de la solicitud del concurso o en cualquier etapa posterior, exagere u oculte su activo o su pasivo, reconozca o aparente privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, sustraiga o esconda los libros sociales, acuerde u otorgue a sus acreedores con cargo a la masa activa ventajas particulares en razón de su voto, será castigado con un año de prisión a cinco años de penitenciaría.

*En el caso de las personas jurídicas, incurrirán en este delito los socios, directores, administradores, de hecho o de derecho, que hayan aprobado la realización o hayan realizado los actos constitutivos del delito.»*

En el Derecho inglés se prevé la aplicación de multas a los administradores para el caso de omisión del deber de convocar a la junta general motivado en la existencia de pérdidas patrimoniales graves (sec. 142 (2), 739 (1) Companies Act 1985). En Alemania el § 401 (1) *Aktiengesetz* (1967) sanciona esa misma omisión con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. En el Derecho francés, el art. 459 de la Ley de sociedades comerciales, sanciona la omisión con pena de cárcel de hasta seis meses o multa.

<sup>1702</sup> BONELLI, «L'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite», *Giurisprudenza Commerciale*, v. 2 [1982], p. 780-800; CASSOTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.* [1984]; De CRESCIENZO, «L'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società fallite», *Il fallimento e le altre procedure concorsuale*, v. 4, dir. PANZANI [2000], pp. 363-409.

social a los supuestos de insolvencia<sup>1703</sup>. Habiendo sido declarada la quiebra, la legitimación procesal activa se le confiere a los órganos del concurso<sup>1704</sup>.

En el caso de la legislación española y uruguaya, existe una convergencia entre múltiples responsabilidades patrimoniales de los administradores. Abierto el proceso concursal y dándose los presupuestos de uno y otro tipo de responsabilidad podría llegarse a condenas separadas y simultáneas, unas a instancia de acreedores y otras por la administración concursal<sup>1705</sup>, algunas fundadas en la legislación societaria<sup>1706</sup> y otras en la legislación concursal<sup>1707</sup>.

Originalmente, la LCE únicamente se preocupaba de las acciones sociales de responsabilidad, esto es, aquellas acciones cuyo fundamento fuera el daño causado a la sociedad, respecto de las cuales se atribuía la legitimación para su ejercicio a la administración concursal y la competencia al juez del concurso (art. 8-6º). Nada se disponía respecto de las acciones de responsabilidad de carácter individual, esto es, tanto la acción por daños a los socios (art. 241 LSCE)

---

<sup>1703</sup> El art. 2394 del CC, en sus §§ 1 y 2, establece lo siguiente: «*Responsabilità verso i creditori sociali. 1. Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'innoservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.*

*2. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.»*

<sup>1704</sup> El art. 2394 bis § 1 del CC - reformado por DL de 17/1/2003 – dispone: «*Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali.*

*1. In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.»*

<sup>1705</sup> MOYA JIMÉNEZ, op. cit., p. 71.

<sup>1706</sup> Así sucede, por ejemplo, en la legislación española, con la responsabilidad por daño a la sociedad ex art. 236, la responsabilidad por daño directo a socios y terceros ex art. 241 y la responsabilidad por obligaciones sociales ex art. 367 LSCE.

<sup>1707</sup> Así sucede, entre la responsabilidad por daño fundada en el art. 172.2-3º y la responsabilidad por el déficit concursal fundada en el art. 172 bis de la LEC.

o a terceros como respecto de la acción de responsabilidad por deudas (art. 367 LSCE), razón que llevó al entendimiento, generalmente aceptado, de que cabía su ejercicio independiente ante el juez mercantil que resultara competente de acuerdo con las reglas generales de la competencia<sup>1708</sup>. La reforma de la LCE llevada a cabo con la Ley 38/2011 cambió radicalmente el planteamiento, con soluciones que no han estado exentas de críticas<sup>1709</sup>, sobre las que nos extenderemos en las páginas siguientes.

En el caso del Derecho argentino, la atribución de responsabilidad civil al administrador de hecho por el pasivo concursal impago, puede alcanzarse por la vía oblicua de la extensión de la quiebra al socio oculto. Nos extenderemos sobre el fundamento legal de esta extensión, así como su elaboración doctrinaria y recepción jurisprudencial, en el último capítulo de esta parte.

### ***Capítulo primero: Responsabilidad concursal por la indemnización de los daños y perjuicios***

Aparte de la responsabilidad por el déficit concursal prevista en el art. 172 bis de la LCE y en el art. 201, § 2, de la LC, en los arts. 172.2-3° y 172.3 de la LCE, así como en el art. 201-4° de la LC, se establece que la sentencia que califique al concurso como culpable contendrá, entre otros, un pronunciamiento respecto a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

## **I. Legislación concursal española**

La responsabilidad concursal por el daño causado a los acreedores es una previsión legislativa de carácter genérico, que afecta a todas y cada una de las personas que originaron o agravaron la situación de insolvencia, bien de forma

---

<sup>1708</sup> GARNICA MARTÍN, «La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\206, p. 9.

<sup>1709</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 33.

directa, bien como cola-boradores en estas actuaciones, conforme a lo dispuesto en los arts. 164 y 165 de la LCE<sup>1710</sup>.

### ***A. Función y naturaleza jurídica***

La responsabilidad prevista en los arts. 172.2-3° y 172.3 de la LCE es una responsabilidad resarcitoria, por daño y culpa, según ya se entendía en doctrina<sup>1711</sup> y jurisprudencia<sup>1712</sup> incluso antes de la modificación operada por la Ley 38/2011. Dada su naturaleza jurídica, para que pueda imponerse esta responsabilidad, ha de acreditarse no solo el resultado lesivo sino el nexo causal entre la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable que se imputa a las personas afectadas por ésta y a los cómplices y el resultado dañoso<sup>1713</sup>.

Con la redacción anterior de esta norma alguna doctrina consideraba que ésta pretendía poner de manifiesto la posibilidad del ejercicio, dentro del trámite dispuesto para la calificación concursal, de todas aquellas acciones destinadas a requerir la reparación del daño causado<sup>1714</sup>. Dada la actual redacción del art. 172.2-3°, en general, se entiende que el daño a que se refiere esta norma es el derivado de la obtención indebida de bienes o derechos del concursado<sup>1715</sup>. El art. 172.3 se refiere exclusivamente a la responsabilidad de los cómplices.

---

<sup>1710</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones...», *ADCo*, n° 26, p. 193.

<sup>1711</sup> MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades...», *RDM*, n° 277, p. 870.

<sup>1712</sup> SSAP de Madrid, 28 Sec., de 17/9/2010 (*ADCo* 2011-2, pp. 392-394; *ROJ* 2010\386786) y de 30/1/2009 (*AC* 2009\ 294).

<sup>1713</sup> SAP de Madrid, 28 Sec., de 17/9/2011 (*ADCo* 2011-2, p. 393).

<sup>1714</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «De la calificación del concurso», *Comentario...*, t. 2, p. 2593.

<sup>1715</sup> Vide, por todos: ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, op. cit., p. 37; GONZÁLEZ CABRERA, op. cit., p. 364.

## ***B. Alcance subjetivo***

En la redacción original de la norma respecto de la responsabilidad en análisis, simplemente se establecía que la sentencia de calificación debía contener una condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, sin especificar claramente qué sujetos quedarían alcanzados. Luego, puesto que la referencia a la responsabilidad se encontraba incluida en el mismo numeral que, tanto respecto de los cómplices como de las personas afectadas por la calificación, establecía la pérdida de sus derechos como acreedores concursales o de la masa, la doctrina consideraba que la condena a indemnizar los daños y perjuicios podía alcanzarlos a todos<sup>1716</sup>.

Si bien esta indefinición se mantiene en el actual art. 172.2-3º, el art. 172.3 de la LCE – incorporado por la Ley 38/2011 – establece que la sentencia que califique el concurso como culpable «condenará a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores», a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La reforma, por lo tanto, excluyó del alcance de esta última condena al resto de las personas afectadas por la calificación.

## ***C. Diferenciación con otras responsabilidades***

### **1. Diferencia con la responsabilidad societaria por daño a la sociedad y a terceros**

La doctrina afirma la independencia y plena compatibilidad de la responsabilidad resarcitoria por daño a los acreedores, respecto a la responsabilidad resarcitoria prevista en los arts. 236 y ss. de la LSCE, basada en la diferenciación que se resume a continuación<sup>1717</sup>.

En primer lugar, la responsabilidad concursal por daño tiene su fundamento en el daño causado por la generación o agravación de la insolvencia, mientras que la regulada en Derecho societario se justifica en la existencia de un daño

---

<sup>1716</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id. ibid.

<sup>1717</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones...», *ADCo*, n° 26, p. 194.

generado por la actuación de los administradores contraria a la Ley, a los estatutos o a los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236 LSCE)<sup>1718</sup>.

En segundo lugar, el alcance subjetivo de ambas responsabilidades es diferente. La responsabilidad concursal por daño recae sobre los cómplices. En cambio, la responsabilidad societaria por daño prevista en el art. 236 LSCE recae sólo sobre los administradores, quienes responderán de forma solidaria frente al que reclame el daño, sea en ejercicio de la acción social o individual.

En tercer lugar, en el caso de la responsabilidad concursal, el juez moderará la condena atendiendo al grado de participación en la generación o agravación de la insolvencia. En cambio, en la responsabilidad fundada en los arts. 236 y ss. de la LSCE, los administradores responden en forma solidaria frente a quien reclame el daño en ejercicio de la acción social o individual<sup>1719</sup>.

## **2. Diferencia con la responsabilidad por el déficit concursal**

El problema de la diferenciación entre la responsabilidad concursal por daño y la responsabilidad concursal por el déficit depende de la posición que se asuma respecto a su función.

Para quienes no le reconocen una función resarcitoria a la responsabilidad por el déficit, la distinción es absolutamente terminante. Por lo tanto, nada obstaría, en principio, que la condena por daños y perjuicios se adicionara a la condena por el déficit concursal. Pareciera claro, por otra parte, que la cobertura del déficit no necesariamente supone la indemnización de todo el daño causado a los acreedores por una actuación culpable de las personas afectadas por la calificación.

---

<sup>1718</sup> MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital...», *RDM*, n° 277, pp. 870 y 871.

<sup>1719</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones... », pp. 193 y 194.

Para quienes, en cambio, entienden que la responsabilidad por el déficit tiene una función resarcitoria, resulta un poco más difícil justificar el mantenimiento de una disposición como la del art. 172.2-3 de la LCE. Algunos autores, interpretan que el legis-lador, en el art. 172 bis quiso complementar la responsabilidad por daños del art. 172.2-3, concretando que el *quantum* indemnizatorio podrá alcanzar el importe del déficit patrimonial, si lo so-licitan la administración concursal o, subsidiariamente, los acree-dores<sup>1720</sup>.

Otros autores, fundados en el contexto en que aparece la refe-rencia a esta responsabilidad, advierten que sólo se resarce el daño que derive de la indebida obtención de bienes y derechos del concursado. Por el contrario, la responsabilidad por el déficit indemnizaría el daño causado por la provocación o agravamiento del estado de insolvencia y la consiguiente insatisfacción de los acreedores. Así se explica, según estos autores, que en el art. 172.3 se reitere la referencia a una condena indemnizatoria contra los cómplices, que ya estaban referidos en el § 2-3° del mismo artículo<sup>1721</sup>.

## II. Legislación concursal uruguaya

El n° 4 del art. 201 de la LC establece que la sentencia que declare culpable al concurso contendrá una resolución respecto a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

### A. Caracteres de la responsabilidad por daño concursal

Se trata de una responsabilidad resarcitoria, por culpa y daño<sup>1722</sup>.

---

<sup>1720</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones... », p. 199.

<sup>1721</sup> ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, op. cit., p. 37; GONZÁLEZ CABRE-RA, op. cit., p. 364.

<sup>1722</sup> MILLER ARTOLA, «Consecuencias para el cómplice en el concurso culpable», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial*, p. 593.

Consecuentemente, se deben acreditar todos y cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad por daño en general: hecho ilícito, daño, nexo causal y dolo o culpa grave<sup>1723</sup>.

### ***B. Extensión de la responsabilidad por daño concursal***

Puesto que en el n° 4 se comienza por hacer referencia a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran los *cómplices* como acreedores concursales, es posible suponer que el resto del numeral, también, se refiere a una condena contra los cómplices.

La doctrina que se ha manifestado sobre esta cuestión ha entendido que el daño indemnizable por el cómplice es el causado a la masa, incluyendo el lucro cesante, por el acto mediante el cual cooperó en la sustracción de determinado bien o derecho que perteneciera a la masa activa<sup>1724</sup>. Esto aparta a la responsabilidad concursal por daño, de la condena a la cobertura del déficit patrimonial dispuesta en el inc. 2 del art. 201<sup>1725</sup>.

## **III. Legislación concursal argentina**

Cuando no concurren los supuestos extremos a que da lugar la extensión de la falencia – a los que nos referiremos en la parte final de esta tesis – pero, no obstante, se configura un resultado perjudicial a los intereses de los acreedores (disminución de la responsabilidad patrimonial o, concretamente, la cesación de pagos), proveniente de actitudes reprochables de determinados sujetos que actuaron por el deudor, se impone que tales personas reparen el daño

---

<sup>1723</sup> MILLER ARTOLA, «Consecuencias para el cómplice...», p. 592.

<sup>1724</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *Manual...*, p. 416; MILLER ARTOLA, «Consecuencias para el cómplice...», pp. 590 y 591.

<sup>1725</sup> CHALAR SANZ y MANTERO MAURI, «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13, p. 200.

ocasionado<sup>1726</sup>. A tales efectos, el art. 173 de la LCA establece que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados<sup>1727</sup>.

Algún autor argentino considera que ésta no se trata de una verdadera acción de responsabilidad concursal, puesto que la LCA sólo consagra dos directivas procesales atinentes a la legiti-mación del síndico y la opción de participar del proceso como tercero coadyuvante<sup>1728</sup>. Sin embargo, de la exposición que se realiza a continuación, surgen diversos elementos que permitirían identificarla como una acción autónoma.

#### ***A. Jurisdicción y procedimiento***

La acción concursal de responsabilidad debe interponerse ante el mismo juez donde se tramita la quiebra de la sociedad (art. 176, § 3, LCA)<sup>1729</sup>, bajo las

---

<sup>1726</sup> FASSI y GEBHARDT, *Concursos y quiebras, Comentario exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia aplicable*, 6ª ed. (1997), p. 388.

<sup>1727</sup> El art. 173 de la LCA dispone lo siguiente: «*Responsabilidad de representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.*

*Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosa-mente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.»*

<sup>1728</sup> CHIAVASSA JUNYENT BAS, «Responsabilidad de socios, administradores y representantes en las sociedades comerciales», *Infojus, Sistema argentino de información jurídica*, <http://www.infojus.gov.ar/doctrina>, descargado el 11 de junio de 2012; QUINTANA FERREYRA y ALBERTI, *Concursos, Ley 19.551, comentada, anotada y concordada*, t. 3 (1990), p. 259.

<sup>1729</sup> Art. 176, § 3, LCA: «*Las acciones reguladas en esta sección se tramitan por ante el juez del concurso y son aplicables los Artículos 119 y 120, en lo pertinente.»*

disposiciones del juicio ordinario (art. 174 LCA)<sup>1730</sup>, sin perjuicio de que por acuerdo de partes se lleva a cabo un procedimiento sólo incidental<sup>1731</sup>.

La asignación de competencia no se ve enervada por la circunstancia de que uno de los demandados se encuentre, a su vez, en quiebra. En la jurisprudencia argentina se ha considerado que la acción de responsabilidad, por su naturaleza y alcance, se relaciona no sólo con la actuación individual de los demandados, sino con la influencia que la misma tuvo en la situación patrimonial de la sociedad fallida, encontrándose consecuentemente ligada en forma estrecha al trámite falencial. La quiebra es su presupuesto y su base<sup>1732</sup>.

El avenimiento y pago total hacen cesar la acción de responsabilidad, por constituir los únicos modos que finiquitan los efectos del proceso falencial<sup>1733</sup>.

### ***B. Conductas generadoras de responsabilidad concursal de administradores y cómplices***

El art. 173 de la LCA contiene dos párrafos. En el primero se contemplan cuatro conductas básicas - producir, facilitar, permitir o agravar la insolvencia – cuya actuación dolosa provoca la obligación de indemnizar los perjuicios

---

<sup>1730</sup> Art. 174 LCA: «*Extensión, trámite y prescripción. La responsabilidad prevista en el artículo anterior se extiende a los actos practicados hasta UN (1) año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se declara y determina en proceso que corresponde deducir al síndico. La acción tramitará por las reglas del juicio ordinario, prescribe a los DOS (2) años contados desde la fecha de sentencia de quiebra y la instancia perime a los SEIS (6) meses. A los efectos de la promoción de la acción rige el régimen de autorización previa del Artículo 119 tercer párrafo.*»

<sup>1731</sup> FASSI y GEBHARDT, *Concursos y quiebras, Comentario exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia aplicable* (1997), p. 388.

<sup>1732</sup> SCSJ de 22/10/1991, «Custodia Cía. financiera SA c/ Olivera Avellaneda, Carlos R. y otros» (JA, 1992-I-203).

<sup>1733</sup> SCNCom, de 30/6/2011, «Productos El Orden SA c/Loizzo, Alberto y otros s/Ordinario, s/Quiebra» (Infojus FA11130406).

causados a los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido. En el segundo párrafo, referido a la responsabilidad de terceros, la obligación de indemnizar se genera en todo caso de participación dolosa en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo.

### **1. Significado atribuido a las conductas generadoras de responsabilidad concursal**

*Producir* es aportar una condición esencial al resultado dudoso. Se consideran comprendidas en esta conducta la enajenación simulada de bienes o la apropiación de bienes pertenecientes al fallido y la constitución de garantía incausadas, ya sea en beneficio propio o de terceros que obviamente disminuyen el patrimonio del deudor<sup>1734</sup>.

*Facilitar* implica conductas que ayuden a generar la disminución de la responsabilidad patrimonial. Alguna doctrina entiende que la facilitación puede concretarse incluso por vía de omisión, como sería el caso de abandono de los negocios o la omisión deliberada de presentar los estados contables<sup>1735</sup>.

*Permitir* hace referencia a conductas omisivas de abandono de las tareas que la Ley impone imperativamente a los administradores. Se permite la insolvencia cuando se admite que otras personas que actúan en la esfera patrimonial del fallido realicen actos que disminuyan su responsabilidad patrimonial<sup>1736</sup>. La jurisprudencia ha considerado que esta conducta se configura en caso que los directores omitan solicitar el concurso oportunamente luego de la cesación de pagos, no lleven registros contables, ni presenten la documentación obligatoria

---

<sup>1734</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad en el proceso falencial», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos* (2009), p. 299.

<sup>1735</sup> ESTÉVEZ, op. cit., p. 1232.

<sup>1736</sup> JUNYENT BAS, op. cit., p. 299.

ante los organismos de control, provocando el cese de la actividad comercial y la desaparición de su activo<sup>1737</sup>.

*Agravar* es tornar más intenso o extenso el evento<sup>1738</sup>. Supone ya el estado de insolvencia. La doctrina invoca el caso en que se continúa el giro de los negocios en estado de cesación de pagos, recurriendo a operaciones ruinosas para intentar paliar la situación<sup>1739</sup>.

Todas estas conductas, para habilitar el ejercicio de esta acción, deben afectar la situación patrimonial o su insolvencia. Así, por ejemplo, en el caso Phonoton, se condenó a los gerentes a re-parar el daño cuantificable en el monto del valor de determinados activos cuyo destino se adujo ignorar, por ocasionar esto una evidente disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad fallida<sup>1740</sup>.

## 2. Responsabilidad por infracapitalización

La doctrina argentina plantea insistentemente el caso de responsabilidad de administradores por infracapitalización funcional material, dado que en este supuesto la sociedad se encuentra absolutamente privada de medios propios para cumplir con su objeto social. Se considera como infracapitalización al desfase entre el capital social y su patrimonio neto<sup>1741</sup>.

---

<sup>1737</sup> SCNCom, Sala B, de 26/11/1998, «Estructura Elcora SA s/Quiebra c/Y.R. y otro – Ordinario» (ED 20/5/1999).

<sup>1738</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, id., p. 313.

<sup>1739</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad en el proceso falencial», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, p. 299.

<sup>1740</sup> SNCCom, Sala O, de 9 de octubre, «Phonoton Co. SRL (JA, 1993-II-772).

<sup>1741</sup> TRIOLO, «Responsabilidad de los administradores y socios controlantes por infracapitalización ante la insolvencia de la sociedad», in: AA.VV., *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (2004), pp. 791 y 792.

Se entiende que los administradores asumen responsabilidad por las obligaciones asumidas en estado de cesación de pagos por una sociedad infracapitalizada. El hecho generador de la responsabilidad estaría constituido por la omisión en adoptar las medidas necesarias para revertir la situación de infracapitalización, aunque esto signifique promover la disolución de la sociedad, presentar convenio o aun solicitar la quiebra, de modo de evitar causar un daño a los terceros al continuar la sociedad con-trayendo obligaciones a pesar de saber de antemano que no va a poder satisfacerlas<sup>1742</sup>.

### **C. Legitimación**

#### **1. Legitimación activa**

De acuerdo con lo dispuesto por el § 1 del art. 175 de la LCA<sup>1743</sup>, el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico. Esta solución es coherente con la legitimación conferida al síndico para deducir las acciones de recomposición patrimonial como la revocatoria concursal y con lo dispuesto por el art. 278 de la LSCA<sup>1744</sup> que establece que las acciones sociales de responsabilidad previstas en el art. 276<sup>1745</sup> y las que emergen del § 1 del art. 54<sup>1746</sup> deben ser interpuestas por el síndico<sup>1747</sup>.

---

<sup>1742</sup> TRIOLO, id., pp. 793 y 794.

<sup>1743</sup> Art. 175, § 1, LCA: «Socios y otros responsables. El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.»

<sup>1744</sup> Art. 278 LSCA: «En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente.»

<sup>1745</sup> Art. 276 LSCA: «La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.»

Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan ante el juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.

#### ***a. Autorización***

En virtud de lo dispuesto en la última oración del art. 174 de la LCA, a los efectos de la promoción de la acción concursal de responsabilidad, es necesario que el síndico cuente con la autorización previa prevista en el art. 119 § 3<sup>1748</sup>. En dicha disposición, para poder promover la declaración de ineficacia de los actos perjudiciales para los acreedores otorgados en el período de sospecha, se exige la autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado

---

*Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275.»*

<sup>1746</sup> Art. 54, § 1, LSCA: *«El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.»*

<sup>1747</sup> NEDEL, *Ley de Concursos y Quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 Comentada*, 3<sup>a</sup> ed. (2013), p. 626.

<sup>1748</sup> Art. 119, § 3, LCA: *«La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido; en su caso el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del Artículo 240. La acción perime a los SEIS (6) me-ses.»*

admisibles<sup>1749</sup>. Por lo tanto, esa autorización es exigible al síndico, también, como condición para habilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad<sup>1750</sup>.

El hecho de que la LCA imponga la consulta previa a los acreedores no les coloca en calidad de mandantes, de manera que puedan instruir a la sindicatura en algún sentido. Una vez otorgada la autorización no es factible revocarla, ni retractarse, forzando a la sindicatura a desistir de la acción<sup>1751</sup>.

Puesto que la LCA no establece ningún procedimiento especial para recabar esta autorización, la doctrina considera que es indiferente el mecanismo por el cual se constate que se cuenta con ella<sup>1752</sup>. Algunos juzgados le imponen a la sindicatura el deber de recabar por su cuenta las autorizaciones; otros convocan a los administradores por cédula o por edictos a una audiencia o los citan a prestar la autorización bajo apercibimiento de tener al silencio por manifestación positiva respecto del accionamiento<sup>1753</sup>. En este último sentido, alguna jurisprudencia ha

---

<sup>1749</sup> Solución criticada en el voto particular de KEMELMAJER DE CARLUCCI, en SCSM, de 5/12/2007, in re Carloni Humberto en J° 64528/30.175, Club YPF Mendoza p/Quiebra, s/Acc. de Resp. Concursal P/Incidente.

<sup>1750</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, p. 309.

<sup>1751</sup> JUNYENT BAS, id. *ibid.*

<sup>1752</sup> ABDALA, «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev>, descargado el 20/9/ 2013, p. 225; GRISPO, *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*, t. 4 (2000), p. 387; JUNYENT BAS, «Acciones de responsabilidad en el proceso falencial», *RJA*, t. 3 (1999), p. 750.

<sup>1753</sup> BOQUÍN, «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos* (2009), p. 268.

considerado que la autorización no debe ser inexorablemente expresa, resultando suficiente que sea clara e inequívoca<sup>1754</sup>.

### ***b. Legitimación de los acreedores***

Alguna doctrina, a pesar de negarle legitimación a los acreedores para promover la acción de responsabilidad concursal, considera que podría reconocerse a los acreedores una suerte de *derecho de iniciativa* para requerir al juez de la quiebra que arbitre los medios para que se interponga la acción de responsabilidad concursal<sup>1755</sup>. El magistrado, entonces, intimaría al síndico a que inicie la demanda. Si el síndico hace caso omiso a la intimación judicial hay dos tipos de consecuencias. Por un lado, el soslayo constituye una causa que puede conducir a removerle del cargo y a imputarle responsabilidad; por otro lado, habilita a que cualquier acreedor pueda interponer la acción judicial declinada por la sindicatura<sup>1756</sup>.

Otra doctrina considera que la LCA le concede legitimación a los acreedores en virtud de que la remisión contenida en el § 3 del art. 176 permitiría aplicar lo dispuesto en el art. 120<sup>1757</sup>. Consecuentemente, los acreedores estarían facultados

---

<sup>1754</sup> SSCNCom, Sala E, de 2/10/2007, «Pino Camby SA s/Quiebra s/Incidente de ineficacia concursal de venta de acciones de Ourives Florestal Ltda.»; de 18/7/2007, «Suipacha 732 SRL s/ Quiebra» y de 27/10/2002, *RJA*, 2003, t. 2, p. 148.

<sup>1755</sup> ABDALA, «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev>, p. 236; PERCIAVALLE, *Acción de responsabilidad de administradores y síndicos societarios. Práctica y actualidad societaria*, t. 2 (2007), p. 2.

<sup>1756</sup> VAISER, «Responsabilidad de terceros en la quiebra y acción social de responsabilidad: coexistencia pacífica?», *VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (1995), p. 232.

<sup>1757</sup> Art. 120 LCA: «Acción por los acreedores. Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de

para ejercer la acción de responsabilidad concursal, después de transcurridos treinta días desde que se haya intimado al síndico para la inicie<sup>1758</sup>.

## 2. Legitimación pasiva

El art. 173 de la LCA, según se adelantó al analizar las conductas generadoras de responsabilidad, dedica cada uno de sus dos párrafos a un legitimado pasivo diferente. En el primero dispone que respecto del daño provocado por las conductas que describe, responden los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido. En el segundo párrafo establece la responsabilidad de terceros que actúan como cómplices.

### *a. Legitimación pasiva de administradores, representantes o gestores de negocios*

En el § 1 del art. 173 de la LCA se incluyen sujetos cuya relación funcional, contractual o legal con el deudor, sea éste persona física o jurídica, le permita influir sobre su situación patrimonial, en virtud de disponer de facultades de disposición o administración<sup>1759</sup>.

---

*transcurridos treinta (30) días desde que haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie.*

*El acreedor que promueve esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante.*

*Revocatoria ordinaria. La acción regulada por los Artículos 961 a 972 del Código Civil, sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor, en el término de TREINTA (30) días.*

*Efectos. En ambos casos si se declara la ineficacia, el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de éstos, con límite en el monto de su crédito.»*

<sup>1758</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», p. 308.

<sup>1759</sup> RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* (1997), p. 320.

Parte de la doctrina argentina considera que la enumeración que contiene el § 1 del art. 173 es taxativa y que, como obvia consecuencia, la acción de responsabilidad concursal sólo puede dirigirse estrictamente contra los administradores, representantes, mandatarios o gestores de negocios<sup>1760</sup>.

No faltan autores, sin embargo, que hacen una interpretación extensiva de la norma, incluyen entre los legitimados pasivos a todos los sujetos que realizan la función de administración, sea porque integran el órgano de administración o porque ejercen la función en virtud de un mandato. Quedarían, entonces, incluidos entre los legitimados pasivos el factor de comercio con atribuciones generales, los mandatarios comerciales o civiles, el interventor judicial, el administrador judicial de la sociedad en concurso preventivo que reemplaza al concursado o a sus órganos de administración, los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada y los directores de sociedades anónimas<sup>1761</sup>.

En cualquier caso, la doctrina considera que están excluidos del alcance subjetivo de la responsabilidad concursal los síndicos y los integrantes del consejo de vigilancia<sup>1762</sup>.

### ***b. Responsabilidad del cómplice***

En el § 2 del art. 173 de la LCA, bajo el *nomen iuris* «Responsabilidad de terceros», se establece que quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan

---

<sup>1760</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, op. cit., p. 314; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., *Derecho concursal*, t. 3 (2010), p. 690.

<sup>1761</sup> ABDALA, «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev>, p. 225; ROITMAN, «Responsabilidad de administradores...», *RDPC*, n° 11, t. 2, p. 41.

<sup>1762</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», p. 301.

en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso. La doctrina considera que con esta descripción se incluye indudablemente a la figura del cómplice<sup>1763</sup>.

La responsabilidad prevista en este párrafo, según la doctrina, se aplica tanto a situaciones preconcursales como a eventos posconcursales<sup>1764</sup>.

### ***c. Responsabilidad del administrador de hecho***

Aunque manifestando algunas dudas<sup>1765</sup>, corresponde destacar que la doctrina que interpreta extensivamente el alcance subjetivo de la norma en análisis entiende comprendidos en ésta a los administradores de hecho<sup>1766</sup>. La doctrina argentina señala que resultaría inconsecuente que aquel que sin tener derecho a ejercer determinada función la realiza de hecho, sea tratado con menor severidad en caso de una actuación dolosa, que aquel que ejerce sus funciones conforme a Derecho<sup>1767</sup>.

En la jurisprudencia, es posible encontrar alguna referencia a los administradores de hecho a los efectos sancionatorios. En este sentido, por ejemplo, se aplicó la interdicción de salida al exterior prevista en el art. 25 de la

---

<sup>1763</sup> JUNYENT BAS, id., p. 300.

<sup>1764</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, id. ibid.

<sup>1765</sup> BARAVALLE y GERBAUDO, «Responsabilidad de los representantes y terceros en la quiebra», *Conflictos en Sociedades Comerciales y Concursos, Homenaje al Dr. Juan M. Farina* (2009), p. 349.

<sup>1766</sup> BERGEL, «Responsabilidad de terceros en la quiebra (arts. 166 a 169 de la Ley 19.551)», *LL*, 1981, I, pp. 742 y ss., p. 742; ESTÉVEZ, «Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad», *Diario LL*, de 26/4/2000, p. 1232; GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho concursal* (1997), p. 440; MARTORELL, *Tratado de concursos y quiebras*, t. 3 (2004), p. 460; RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO et al., *Ley de concursos y quiebras*, t. 3, 3ª ed. (2005), p. 17.

<sup>1767</sup> ESTÉVEZ, op. cit., p. 1232.

LCA a quienes fueron considerados co-mo administradores de hecho de Correo Argentino y Telearte SA<sup>1768</sup>.

En alguna sentencia se condena al administrador de hecho por responsabilidad concursal, aunque sin referirse ex-presamente a esta categoría. Así, por ejemplo, en una sentencia relativamente reciente de la CNCom de la Capital Federal, se condenó a uno de los co-demandados, a pesar de no hallarse formalmente investido, a responder ilimitada y solidariamente por el pasivo falencial insoluto, en virtud de haberse acreditado su participación en forma personal, directa y activa en la gestión de los negocios sociales,<sup>1769</sup>.

#### ***D. Elementos de la responsabilidad***

##### **1. Daño**

La remisión que el § 3 del art. 173 de la LCA realiza a su art. 119, parecería implicar una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, la doctrina considera que esa disposición no es aplicable a la acción de responsabilidad concursal, por tratarse de un presupuesto fundamental de toda acción de responsabilidad<sup>1770</sup>.

Por otra parte, la doctrina señala que no corresponde atribuir responsabilidad concursal más allá del daño efectivamente causado por el agente del hecho ilícito<sup>1771</sup>.

---

<sup>1768</sup> FILIPPI, «La figura del "administrador de hecho" en las sociedades anónimas», *LL*, 2004-A, p. 1262.

<sup>1769</sup> SCNCom, de 12/4/2012, «Neumacheck c/Flores, Luis y otros s/Ordinario (Acción de Responsabilidad), s/Quiebra» (*Infojus* FA12130423).

<sup>1770</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», p. 313.

<sup>1771</sup> JUNYENT BAS, op. cit., p. 306.

## 2. Nexo causal

Es requisito insoslayable para la responsabilidad patrimonial concursal, el acreditar la relación de causalidad entre las conductas que se imputan y el daño que se ha experimentado<sup>1772</sup>. La doctrina argentina asume esto como evidente<sup>1773</sup>.

El resarcimiento alcanza a las circunstancias inmediatas que se derivan necesariamente de la relación de causalidad y a las mediatas, si gravitaron causalmente en el evento dañoso y eran previsibles<sup>1774</sup>.

## 3. Exigencia de dolo

El factor de imputación de responsabilidad concursal en la legislación argentina es solamente el dolo<sup>1775</sup>, entendido como la intención de ocasionar un daño a sabiendas<sup>1776</sup>.

Según alguna doctrina, la opción legislativa de restringir el factor de atribución al dolo estaría fundamentada en la naturaleza extraordinaria de esta acción<sup>1777</sup>. Admitir la mera culpa como factor de atribución, según esta doctrina,

---

<sup>1772</sup> SCNCom, Sala C, de 29 de octubre, «Liljestrhom, Walter c/ Montanaro SA, Domingo» (LL, 1986-B, 197; DJ, 1986-II, 70).

<sup>1773</sup> Vide, por todos, BOQUÍN, «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos* (2009), p. 262.

<sup>1774</sup> JUNYENT BAS, op. cit., p. 306.

<sup>1775</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, id., p. 314; MORO, «Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra», *II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal*, t. 2 (2000), p. 637; ROITMAN, «Responsabilidad concursal. El dolo», *La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldberg*, dir. ALTERINI y LÓPEZ CABAÑA (1995).

<sup>1776</sup> SCNCom, de 12/4/2012, «Neumacheck c/Flores, Luis y otros s/Ordinario (Acción de Responsabilidad), s/Quiebra» (*Infojus* FA12130423).

<sup>1777</sup> SCSJ de 5/10/1995 «Menkab SA c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios» (*VLex* M.459.XXII).

restaría seguridad a las transacciones comerciales y hasta podría llegar a resultar incongruente con el sistema de revocación concursal<sup>1778</sup>.

Corresponde observar, sin embargo, que la exigencia de acreditar el dolo tiene el efecto no querido de tornar descartable el régimen de responsabilidad concursal en análisis, pues resulta más sencillo al promotor incoar una acción social de responsabilidad, que sólo exige la prueba de la actuación culposa<sup>1779</sup>. Alguna doctrina destaca el contrasentido de que el patrón de responsabilidad del administrador *in bonis*, contenido en la legislación societaria, que impone la obligación de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, sea más severo que el de la acción de responsabilidad concursal, cuando las conductas perseguidas son tan graves que han conducido a la insolvencia<sup>1780</sup>.

Tal vez por ello, la jurisprudencia argentina reciente ha tendido a facilitar este tipo de accionamiento por vías diversas<sup>1781</sup>. En la jurisprudencia argentina se entiende que el administrador debe asumir un rol activo en el juicio para acreditar la concurrencia de eximentes, considerándose su postura procesal pasiva (como la rebeldía, el silencio o las respuestas evasivas), como un reconocimiento del dolo, teniendo en cuenta la doctrina que defiende la carga dinámica de la prueba.

La jurisprudencia ha considerado configurado dolo en los casos siguientes:

a. Caso en que los administradores no custodiaron el activo social, ni suministraron respuestas idóneas sobre cuál fue su destino, lo que provocó la

---

<sup>1778</sup> ROITMAN, «Responsabilidad de administradores...», *RDPC*, n° 11, t. 2, p. 43.

<sup>1779</sup> ABDALA, «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev>, p. 230.

<sup>1780</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», p. 304.

<sup>1781</sup> BOQUÍN, «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra...», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos* (2009), pp. 262-265.

clausura de la quiebra por falta de activo. En el caso, también, se omitieron los libros obligatorios exigidos por Ley<sup>1782</sup>.

b. Caso de extravío de libros y registros contables. A pesar de admitirse que no constituye, en sí mismo, un acto que genere perjuicio al patrimonio social de la fallida, se presumió que el accionar del director estuvo enderezado intencionalmente a detraer bienes con el fin de perjudicar a los acreedores sociales, atendiendo a que observó una conducta procesal maliciosa y no arrió prueba de signo contrario<sup>1783</sup>.

c. Caso de desaparición del activo junto con la falta de libros o explicaciones de los administradores resulta suficiente prueba para presumir *iuris tantum* el dolo de los administradores. Sobre esta base se condenó a directores de la fallida (presidente y vicepresidente) a pagar el importe de dos créditos verificados por operaciones de compraventa de mercaderías que desaparecieron<sup>1784</sup>.

En términos todavía más amplios, la doctrina argentina más recibida en materia concursal ha expresado que el administrador que continúa la gestión de la sociedad en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionarlo, tiene un actuar doloso. El punto central, entonces, se ubica en que una dilatoria injustificada en la presentación a concurso, sin que se advierta el

---

<sup>1782</sup> SCNCom, de 12/4/2012, «Neumacheck c/Flores, Luis y otros s/Ordinario (Acción de Responsabilidad), s/Quiebra» (*Infojus* FA12130423). En el mismo sentido: SSCNCom, Sala A, de 23/3/2005, «Barck, Carlos s/Quiebra s/Inc. de extensión» y Sala B, de 3/4/2002, «Carlos A. Fontantet y Cía. SA s/Quiebra s/Acción de responsabilidad s/Ordinario»

<sup>1783</sup> SJCC n° 5 de Córdoba, 29 Nom., de 9/9/2005, «Sindicatura en Eddicom c/ Rosetto Eduardo J. y otro s/ Acción ordinaria de responsabilidad».

<sup>1784</sup> SCNCom, Sala A, de 21/7/2006, «Harsin SA s/Quiebra c/Hosheng Hsiung y otro s/Ordinario».

intento de corregir internamente la situación, genera una operatoria antifuncional que hace imputable la responsabilidad concursal a título doloso<sup>1785</sup>.

### ***E. Marco temporal para el ejercicio de la acción de responsabilidad concursal por daño***

#### **1. Retroacción**

La procedencia de la acción concursal de responsabilidad de-pende de que los actos dolosos hayan sido ejecutados hasta un año antes del inicio del denominado *período de sospecha* (art. 116 LCA)<sup>1786</sup>.

La extensión del período de sospecha depende de la fecha que se determine como inicio de la cesación de pagos. Ésta no puede retrotraerse más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo<sup>1787</sup>.

Este límite temporal no impide que se ataquen actos dolosos o simulatorios anteriores, pero en esos casos no queda comprometida la responsabilidad de las personas mencionadas en el art. 173 de la LCA<sup>1788</sup>.

---

<sup>1785</sup> RICHARD, «El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba», *RDCO*, n° 216 (Depalma, 2006), p. 188.

<sup>1786</sup> Art. 116 LCA: «*Fecha de cesación de pagos: retroacción. La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos por esta sección, más allá de los DOS (2) años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo.*

*Período de sospecha. Denomínase período de sospecha al que transcurre en-tre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra.»*

<sup>1787</sup> Vide GRAZIABILE, «Bases para el estudio del sistema de inoponibilidad concursal, los periodos de sospecha y retroacción», *RJA LL*, 2007, t. A (2007), pp. 689 y ss.

<sup>1788</sup> FASSI y GEBHARDT, *Concursos y quiebras, Comentario exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia aplicable*, pp. 388 y 389.

## 2. Prescripción y perención

La acción prescribe a los dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra (art. 174 LCA) y no desde que el vicio haya llegado a conocimiento del concurso, ni desde la firmeza de dicha sentencia<sup>1789</sup>.

La instancia, en este proceso, perime a los seis meses<sup>1790</sup>.

### *Nuestra opinión*

De la reseña que acabamos de realizar sobre el régimen argentino de responsabilidad concursal, se desprende que el legislador ha plagado de obstáculos el camino para llegar a obtener una sentencia de condena. Salvo hipótesis excepcionales, esta regulación de la responsabilidad concursal es letra muerta, como queda demostrado por la casi inexistencia de sentencias en esta materia.

---

<sup>1789</sup> FASSI y GEBHARDT, id., p. 389.

<sup>1790</sup> VÍTOLO, *Derecho Concursal* (2012), p. 305



## *Capítulo segundo: Responsabilidad societaria por daños causados a la sociedad, a los socios y a los terceros*

Los administradores están dotados de amplísimas facultades de gestión y de representación. Cuando los administradores actúan en el marco de la Ley, diligentemente, dentro de los límites del objeto social y de acuerdo a las previsiones estatutarias, no contraen responsabilidad personal por el cumplimiento de actos de gestión y representación. Las consecuencias de sus actos recaen en la sociedad administrada.

Como contrapartida de las amplias facultades referidas, las leyes les imponen un régimen severo de responsabilidad. En general, su responsabilidad nacerá cuando, en la gestión de los negocios sociales y en la representación de la sociedad, incurran en la violación de disposiciones legales o estatutarias o actúen con deslealtad o sin la diligencia debida. Asimismo, la inercia de los administradores en el ejercicio de sus funciones y la negligencia en la observación de las obligaciones a su cargo, también, son fuente de responsabilidad.

En este sentido, los administradores se encuentran alcanzados por las responsabilidades societarias que asumen diversas modalidades<sup>1791</sup>: responden frente a los acreedores sociales – además de frente a la sociedad y los socio, claro está - por el daño causado a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos (art. 236 de la LSCE y art. 391<sup>1792</sup> de la LSC); responden,

---

<sup>1791</sup> QUINTANA CARLO, «El estatuto de los administradores de una sociedad durante el concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, pp. 504 y 541 (2005).

<sup>1792</sup> El art. 391 de la LSC establece lo siguiente: «(Responsabilidades). El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

*Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad*

también, con el mismo alcance que acabamos de referir, por el daño causado por el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236 LSCE y art. 391 LSC); responden por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa de disolución, en caso de que omitan la convocatoria a junta general, no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso, en las condiciones establecidas en el art. 367 de la LSC;

La función que cumple la atribución de responsabilidad difiere en cada una de las hipótesis mencionadas, así como difiere el fundamento sobre el que reposan los diversos regímenes establecidos para cada una de ellas.

## I. Legislación societaria española

En el art. 236 de la LSCE se establece que los administradores deben responder frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. A los efectos de hacer efectiva esta acción, en el art. 238 de la LSCE se provee una acción específica, denominada «*acción social de responsabilidad*»<sup>1793</sup>.

---

*dentro de un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad.*

*Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose luego como se dispone en el inciso anterior.*

*Cuando se trate de actos o hechos no resueltos en sesiones del directorio, el director que no haya participado en los mismos no será responsable (inciso segundo del artículo 83), pero deberá proceder en la forma dispuesta en el inciso precedente en cuanto lleguen a su conocimiento.»*

<sup>1793</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 33.

## A. Elementos de la responsabilidad

### 1. Daño

Tanto en la acción social de responsabilidad<sup>1794</sup> como la acción individual amparado por el art. 241 de la LSC<sup>1795</sup>, se debe acreditar el daño causado por el administrador o los administradores demandados.

Siendo una responsabilidad por daños, su atribución cumple una función reparatoria o indemnizatoria.

### 2. Incumplimiento o conducta ilícita

El art. 236 de la LSCE consigna como fuentes de la responsabilidad de los administradores, la realización de actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos, o incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. Sin perjuicio de los deberes que la LSCE impone en diversas normas, los arts. 225 y 226 se refieren a dos deberes fiduciarios genéricos - el *deber de diligente administración* y el *deber de lealtad*<sup>1796</sup> - que la doctrina considera que los administradores sólo están obligados a satisfacer frente a la sociedad<sup>1797</sup>.

El deber de diligente administración es uno de los deberes fiduciarios generales tipificado bajo el modelo de conducta del *ordenado empresario* (art.

---

<sup>1794</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 161; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, n° 28 (2013), p. 33.

<sup>1795</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 161.

<sup>1796</sup> La consagración de estos deberes genéricos deriva de la imposibilidad de determinar en la Ley, en los estatutos o en los acuerdos sociales, cuáles son todos los comportamientos exigibles de los administradores, constituyéndose en una cláusula general residual para enjuiciar la conducta de los administradores. Vide: PÉREZ CARRILLO, «El deber de diligencia de los administradores sociales», *RDS*, n° 14 (2000), p. 279.

<sup>1797</sup> ORIOL LLEBOT, «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 27.

225). No exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino que desempeñen su cargo cumpliendo con el modelo tipificado<sup>1798</sup>.

La diligencia de un «ordenado empresario», desde un punto de vista meramente literal podría entenderse como una referencia al cumplimiento de las obligaciones formales mercantiles (inscripción en el Registro, contabilidad u otras) que, en principio, tienen un carácter administrativo más que de dirección y gestión. Superando esta interpretación simplista, en un sentido más amplio, constituye un deber de prudencia en el ejercicio del cargo y de actuación conforme a los criterios generalmente admitidos<sup>1799</sup>, tomando en consideración la actividad de la sociedad y las circunstancias en que se encuentre<sup>1800</sup>. Por lo tanto, no se puede exigir responsabilidad cuando, habiéndose aplicado la diligencia debida y vigilado, instruido, investigado adecuadamente, no se obtienen los resultados esperados o se produce daño<sup>1801</sup>.

En cuanto al deber de desempeñar su cargo como un «representante leal» en defensa del interés social (art. 226 LSCE) está relacionado con la buena fe de los representantes de patrimonios ajenos o, incluso, con el ejercicio de la función de representación de la sociedad. El deber de lealtad proscribire todas aquellas

---

<sup>1798</sup> ORIOL LLEBOT, id., pp. 27 y 33.

<sup>1799</sup> PÉREZ CARRILLO, id., p. 312.

<sup>1800</sup> Así, por ejemplo, en STS n° 343 de 24/5/2013 (ROJ 3014/2013) – ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL – se reconoció que el riesgo implícito en la gestión de una sociedad que actúa en un mercado tan difícil como el del fútbol de competición, no puede ser calificada por sus resultados, particularmente los deportivos, pues existe un cierto margen de discrecionalidad en la gestión del administrador. En el caso, sin embargo, no se entendió que el administrador hubiera actuado como, en las mismas circunstancias, lo hubiera hecho un administrador diligente, al gastar más de lo que podía, dado el limitado nivel de ingresos caídos en la temporada a que se refiere la calificación. Hacerlo – se dice en la sentencia – significaba, en buena lógica, dirigir la sociedad directamente a la crisis.

<sup>1801</sup> PÉREZ CARRILLO, op. cit., p. 280.

conductas de los administradores que ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio supongan la obtención de ventajas por éstos a expensas de la sociedad<sup>1802</sup>.

La fenomenología de grupos de casos que plasman el conflicto de interés aludido no es cerrada pero, en cualquier caso, permite vincular el deber de lealtad con otras disposiciones de la LSCE, como la que le prohíbe a los administradores la utilización del nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador, para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas (art. 227)<sup>1803</sup>. También, se vincula con la prohibición de aprovechar oportunidades de negocios de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubieran sido ofrecidas a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ellas (art. 228). Lo mismo sucede en cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener los administradores con el interés de la sociedad (art. 229) o en cuanto a la prohibición de dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social (art. 230)<sup>1804</sup>.

### 3. Nexo causal

Según alguna doctrina, el nexo causal constituye un presupuesto cuya caracterización apenas ofrece peculiaridades de interés en la responsabilidad de los administradores por daño a la sociedad. Está claro que la mención del art. 236 de la LSCE al «*daño que causen*» los administradores, ha de entenderse como una referencia más que suficiente a la necesidad de acreditar la existencia de un nexo causal entre el daño cuya reparación se reclama y la conducta de los administradores<sup>1805</sup>.

---

<sup>1802</sup> ORIOL LLEBOT, op. cit., p. 33.

<sup>1803</sup> ORIOL LLEBOT, id. ibid.

<sup>1804</sup> PÉREZ CARRILLO, id., pp. 312-319.

<sup>1805</sup> POLO SÁNCHEZ, «Los administradores...», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles...*, t. 6 (1992), p. 287.

De modo que, para que surja la responsabilidad de los administradores, se requiere la existencia de un nexo causal entre su conducta y el daño sufrido por la sociedad. La conducta de los administradores debe ser la causa del resultado dañoso<sup>1806</sup>. Luego, según las reglas generales, la prueba del nexo causal entre el comportamiento antijurídico y el daño incumbe a quien promueve la acción de responsabilidad<sup>1807</sup>.

Ahora bien, puesto que la causa del daño viene referida a una conducta humana culpable, se hace necesario realizar, en cada supuesto de hecho concreto, un juicio de valor específico que excluya toda otra relación causal entre el resultado dañoso y posibles acontecimientos, bien sea originados por terceros, bien sea motivados por situaciones objetivas no atribuibles a una voluntad humana determinada, que no pudieron preverse o no pudieron evitarse por el administrador. Excluidos supuestos en que se demuestra la existencia de una serie causal autónoma como única productora del daño, existe una variada e limitada casuística en que no es posible formular el juicio de referibilidad de forma unitaria atribuyendo el daño a un único momento causal. Esta observación presenta diferentes matices, según la administración haya sido atribuida a un solo administrador, a varios o a un órgano colegiado<sup>1808</sup>.

En los casos en que la administración ha sido confiada a un Consejo, en la medida que el daño esté causalmente vinculado a la actuación del órgano como tal, materializada en un acuerdo, se subsumen en él las posibles series causales. Se debe entender que la participación en el acuerdo equivale a la concurrencia de

---

<sup>1806</sup> DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, pp. 308 y 309; PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades», *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS (2006), p. 1541.

<sup>1807</sup> ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 183.

<sup>1808</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, pp. 230 y 231.

culpas, sin perjuicio de que mediante el mecanismo societario apropiado (art. 237 LSCE) se rompa el vínculo unitario derivado del acuerdo colectivo<sup>1809</sup>.

En los casos de concurrencia de culpas entre administradores sucesivos, corresponde situar aquéllos en que iniciada la dinámica causal por los actos de anteriores administradores, vienen a unirse a ella nuevas acciones u omisiones de los nuevos. Puede ocurrir que los administradores cesados se limitaran a crear una situación propicia luego materializada por los que le suceden o puede ocurrir que el perjuicio ya causado se vea incrementado por la acción u omisión de los administradores sucesivos<sup>1810</sup>.

Por último, pueden contribuir a la producción del daño, también, la voluntad de la junta general. Las decisiones de la junta basadas en la previa solicitud de los administradores y las amparadas en una cláusula estatutaria que exija su intervención, dentro de los límites del ámbito de actuación necesaria de los administradores, pudieran moderar la responsabilidad de éstos. En aquellos casos en que exista un deber de ejecutar los acuerdos de la junta, podría llegarse a la exención de la responsabilidad de los administradores<sup>1811</sup>.

#### 4. Culpa

Tradicionalmente, el ordenamiento legal mercantil mantenía una postura benevolente con los administradores de sociedades, consistente en no imputarles responsabilidad por toda falta de diligencia sino, exclusivamente, por culpa lata (dolo y negligencia grave). La culpa leve y levísima, estaban excluidas del sistema de responsabilidad del administrador en el CCom español de 1829, de donde pasó al CCom español vigente (art. 244) y, posteriormente, a la LSA de

---

<sup>1809</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, id., p. 231.

<sup>1810</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, id., pp. 232 y 233.

<sup>1811</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, id., pp. 172-183 y 234.

1951, que recogió un sistema de responsabilidad basado en el daño causado «*por malicia, abuso de facultades o negligencia grave*»<sup>1812</sup>.

La LSA de 1989 estableció un régimen más enérgico y completo que el anterior, al responsabilizar a los administradores por el incumplimiento del deber de desempeñar su cargo «*con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal*» (art. 127.1) y por el daño que causaren por la realización de actos contrarios a la Ley o a los estatutos. De modo que los administradores, pasan a responder, también, por su simple negligencia (art. 133.1) y, para algunos, se establece una especie de responsabilidad profesional, aunque no existiere culpa ni negligencia, en los casos de violación de la Ley o los estatutos<sup>1813</sup>.

Este criterio de imputación se mantiene en el art. 236 de la LSCE, donde se sustituye la referencia a los actos realizados «*sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*», por la alusión al incumplimiento, por acción u omisión, de los «*deberes inherentes al desempeño del cargo*». Antes, el art. 225 de la LSCE dispone que los administradores «*desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario*» y el art. 226 establece que los administradores «*desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad*».

### ***B. La acción social de responsabilidad***

Se denomina acción social de responsabilidad, aquélla dirigida a la protección y defensa del patrimonio o de los intereses sociales en general,

---

<sup>1812</sup> POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles...*, t. 6, pp. 282-285; URÍA, op. cit., p. 327.

<sup>1813</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial [1990-2000]», *InDret*, n° 1 (2001), p. 2; URÍA, op. cit., pp. 327 y 328.

mediante el resarcimiento del daño sufrido por la sociedad<sup>1814</sup>. En su art. 238, la LSCE prevé una acción social de responsabilidad, en virtud de la cual los administradores deben indemnizar el daño causado a la sociedad, por actos u omisiones, contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236).

### 1. Función

La acción social tiene por función el resarcimiento del daño causado por la lesión directa al interés de la sociedad<sup>1815</sup>. La condena a los administradores supone, en caso de prosperar la acción, la de entregar al patrimonio de la sociedad la indemnización que se fije en la sentencia o en su ejecución. Esa indemnización debe nutrir el patrimonio social<sup>1816</sup>.

Este se ha entendido lesionado, por ejemplo, en el caso de un administrador que había cometido numerosas irregularidades mientras desempeñó su cargo: en cierto momento abandonó la administración social, no rindió cuentas de su gestión ni tampoco de las aportaciones realizadas por los socios para reponer pérdidas, no convocó juntas generales, dispuso de fondos de la compañía, cerró los locales comerciales, no pagó los alquileres ni a los proveedores, e incurrió en muchas irregularidades fiscales<sup>1817</sup>.

Sin embargo, a pesar de afirmarse la antijuridicidad de la conducta de los administradores, en un caso en que la sociedad no había aprobado las cuentas desde su constitución, en 1977, hasta diez años después, el TS no declara responsables a los administradores, entre otras razones, porque se trataba de una

---

<sup>1814</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La acción social de responsabilidad (algunas cuestiones pendientes)», *RDM* (2011), n° 281, pp. 95-124; URÍA, op. cit., p. 328.

<sup>1815</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)», *InDret*, n° 1, pp. 5 y 7.

<sup>1816</sup> SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, p. 35.

<sup>1817</sup> STS de 7/6/1999 ((*RJ* 1999\4730)).

sociedad familiar que había vivido de espaldas a la normativa societaria con consentimiento, anuencia y beneplácito de todos los socios<sup>1818</sup>.

Naturalmente, el éxito de esta acción (como acción resarcitoria que es) depende de que se acredite la existencia del daño al patrimonio social<sup>1819</sup>. Por ello, la jurisprudencia ha rechazado la pretensión indemnizatoria, toda vez que no se probó la existencia o realidad de los daños alegados, sin admitir su diferimiento para la etapa de ejecución de sentencia, en el cual sólo cabe determinar su cuantía. Así, por ejemplo, se desestimó la responsabilidad del administrador, por falta de la prueba del daño supuestamente causado por haber comunicado a determinados clientes de la sociedad y a ciertos bancos unas informaciones falsas y denigratorias sobre la solvencia de la sociedad y las relaciones entre los socios. A resultas de ello, dos clientes anularon importantes pedidos y un banco suspendió la concesión de un crédito. Sin embargo, y a pesar de afirmarse la antijuridicidad de la conducta, faltaba la prueba del daño, ya que la sociedad recuperó tanto los pedidos anulados como el crédito bancario suspendido<sup>1820</sup>.

## 2. Legitimación pasiva

### *a. Administradores de hecho y de derecho*

En cuanto a la legitimación pasiva, el art. 236 de la LSCE prevé, expresamente, que esta responsabilidad atañe tanto a los administradores de derecho como de hecho. No existe referencia expresa alguna a la responsabilidad de los apoderados generales en la legislación societaria.

El art. 237 de la LSCE establece el carácter solidario de esta responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba, limitándose las causas de

---

<sup>1818</sup> STS de 16/2/2000 (RJ 2000\679).

<sup>1819</sup> CERDÁ ALBERO, op. cit., p. 7.

<sup>1820</sup> STS de 16/2/2000 (RJ 2000\679).

exoneración<sup>1821</sup>. La responsabilidad es solidaria entre todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, *salvo los que prueben* que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 237 LSCE)<sup>1822</sup>.

La única vía para una eventual exoneración de responsabilidad del administrador social pasa, entonces, por la prueba de la falta de imputación del perjuicio a su conducta. Con independencia del valor que quepa atribuir al elemento culpa o negligencia en el sistema de responsabilidad de los administradores<sup>1823</sup> - el administrador deberá demostrar que, no habiendo

---

<sup>1821</sup> Sobre este particular, además, el art. 133.3 LSA enfatizaba que «*en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*» (CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 10).

<sup>1822</sup> El Proyecto de Ley de Transparencia añadía un tercer párrafo al art. 133 de la LSA – refundido en el actual 237 de la LSCE – por el cual se extendía la responsabilidad a los administradores de la sociedad matriz frente a sus filiales, accionistas y acreedores, por los daños que pudieran causar las instrucciones impartidas. Esa previsión no llegó al texto definitivo de la LSA.

<sup>1823</sup> Alguna doctrina española considera que, en todos los casos, la culpa es un elemento de la responsabilidad del administrador (ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», p. 655; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Responsabilidad de los administradores y Registro mercantil», *RDS*, n° 7 [1996], pp. 251 ss.; ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas* [1992], pp. 5912 ss.). En la opinión de otra doctrina, se entiende que en los contrarios a la Ley o los estatutos, la obligación de resarcir nacería con independencia de la culpa (POLO SÁNCHEZ, «Los administradores...», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. 6, p. 290). Todavía, otra doctrina entiende que el fundamento de la responsabilidad es el mero incumplimiento de las obligaciones, salvo caso de fuerza mayor (LLEBOT MAJÓ, «El sistema de la responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia», *RDS*, n° 7, [1996], p. 62).

intervenido en la adopción o ejecución del acto lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente (art. 237 LSCE).

En ningún caso exonera de responsabilidad, la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado, por la junta general (art. 236.2 LSCE). Tampoco exonera de responsabilidad al administrador de derecho, que sus competencias, de hecho, hayan sido asumidas por otra persona<sup>1824</sup>. El TS ha argumentado, desde 1999, argumentaba que si la junta general no podría, en ningún caso, exonerar de responsabilidad a los administradores por el daño causado - art. 133 de la LSA (actual 236 LSCE) – mucho menos podría tener este efecto la voluntad de un apoderado, que depende de su continuidad de la decisión del administrador<sup>1825</sup>. Claro que, tras una condena solidaria del administrador de derecho con el administrador de hecho, les resultará posible repetir entre sí, en función del grado de responsabilidad de cada uno en la causación del daño<sup>1826</sup>.

### ***b. Factores, directores y apoderados generales***

Los directores y apoderados designados por una persona jurídica no se hallan sujetos al estatuto de responsabilidad de los administradores<sup>1827</sup>. Por otra parte, no existe previsión, en la LSCE, de un régimen especial de responsabilidad para los apoderados generales. Sin perjuicio de ello, pudieran llegar a responder, naturalmente, por el daño causado a la sociedad, los socios y los acreedores sociales por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, dispuestos para la responsabilidad del mandatario en los arts. 1719 y 1726 del CCE.

---

<sup>1824</sup> JUSTE MENCÍA, «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad», *RDS*, n° 14, p. 447.

<sup>1825</sup> STS de 7/6/1999 (*RJ* 1999\4730).

<sup>1826</sup> JUSTE MENCÍA, *op. cit.*, pp. 447 y 448.

<sup>1827</sup> MOYA JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 92 y 96.

Sin embargo, el TS ha imputado responsabilidades a quienes ocupan cargos gerenciales: la STS de 11 de mayo de 1991 declaró la responsabilidad exclusiva del gerente y que no procedía demandar a los miembros del consejo de administración que no tenían como cometido desarrollar las funciones de gerencia; asimismo, la STS de 11 de octubre de 1991 absolvió a los administradores, al no apreciar *culpa in vigilando* atribuible a éstos, ya que no estaban obligados a supervisar las operaciones a que estaba facultado el apoderado.

En 1998, el TS condena al factor y al administrador de derecho de una SRL, a instancias de una acción social de responsabilidad e individual en subsidio, fundadas en que su mala gestión habría llevado a la sociedad a una situación económica precaria. La STS, confirmando la SAP de Cáceres, 2da Sec., no admite el recurso de planteado por uno de los demandados, por rechazar, entre otras cosas, la alegación del recurrente respecto a revestir la calidad de un mero factor mercantil. En su lugar, se concluyó estar en presencia de un verdadero administrador «*aunque fuere sólo de hecho*»<sup>1828</sup>.

En el mismo sentido, en la STS de 7 de junio de 1999 (al hilo de la acción social de responsabilidad y aplicando ya la vigente LSA) se afirma la irrelevancia exculpatoria del nombramiento de un cogestor y señala que «*ante los administradores infieles no hay que guardar ninguna cortesía*». Esta sentencia admite el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Barcelona, Sec. 15, de 13 de junio de 1994, en ocasión de una demanda de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la administración de una sociedad anónima (ex art. 133 LSA). Casa y anula, consecuentemente, la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, confirma la dictada el 30 de noviembre 1992 por el Juzgado de Primera

---

<sup>1828</sup> STS 486 de 26/5/1998 (RJ 1998\4004): «(...) la sentencia, tras minucioso análisis de todas las pruebas practicadas, de los precedentes sociales en relación con la administración, de los actos realizados por quien la recurrente entiende que sólo es un factor mercantil, llega a la conclusión de que está en presencia de un verdadero administrador, aunque fuere sólo de hecho, de una sociedad familiar (...)»

Instancia n° 3 de Manresa, que estimaba parcialmente la demanda. En esta sentencia, aunque a los solos efectos argumentales, se acepta la afirmación, obrante en autos, de que un apoderado de la sociedad era, en realidad, un coadministrador *de facto*<sup>1829</sup>.

Esta asimilación, sin embargo, no se admite en el caso de apoderamientos parciales. Así, por ejemplo, en la STS de 22 de marzo de 2004, se niega la condición de administrador de hecho a quien era un apoderado singular «*pues su misión sólo consistía en llevar a cabo gestiones para cobrar con poder suficiente la liquidación del finiquito del seguro*».

Como fuere, a los apoderados no les es atribuible responsabilidad societaria alguna, a menos que el negocio de apoderamiento sea una simulación dirigida a derivar el ejercicio de las acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas solo formalmente como administradores. En este sentido discurre la STS de 14 de marzo de 2007:

*«El apoderado no tiene el carácter de administrador, al cual aparece vinculada la responsabilidad exigida por la LSA (...) Cabe plantearse, como hace la STS de 26 de mayo de 1998, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho. Sin embargo, dicha doctrina debe quedar reservada para los supuestos en que la prueba acredite tal condición en el apoderado, como puede ocurrir cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de*

---

<sup>1829</sup> STS de 7/6/1999 (RJ 4730).

En el mismo sentido de las sentencias del TS que acabamos de reseñar, pocos meses después, la AP de Valencia acogió una acción social contra el administrador formalmente designado y contra el apoderado o factor – padre de aquél - al entender que el apoderado no era, simplemente, uno de los encargados de gestionar la vida económica de la sociedad sino que era, realmente, el administrador de hecho de la marcha societaria (SAP de Valencia de 27/9/1999 (AC 1999\2523)).

*responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Si no concurre una situación de idéntica o análoga naturaleza, los sujetos responsables (como declaran las SSTs de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001) son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a estos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho.»*<sup>1830</sup>

### 3. Legitimación activa

En cuanto a la legitimación activa para promover la acción social de responsabilidad, la LSCE la otorga, en primer lugar, a la propia sociedad y subsidiariamente primero a los socios que representen, por lo menos, el cinco por ciento del capital social (art. 239) y, luego, a los acreedores de la sociedad (art. 240)<sup>1831</sup>.

Sea quien fuere que promueva la acción, la indemnización o la compensación que se consiga debe necesariamente integrarse en el patrimonio social<sup>1832</sup>.

#### *a. Sociedad*

Para que la sociedad promueva la acción social de responsabilidad contra sus administradores, es necesario el previo acuerdo de la junta general (art. 238). Para adoptar el acuerdo de la junta no se exige su inclusión en el orden del día (art. 238.1), ni se puede elevar estatutariamente la mayoría ordinaria (art. 238.1, *in*

---

<sup>1830</sup> STS de 14/3/2007 (RJ 2007, 1793).

<sup>1831</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, n.º 28, p. 34.

<sup>1832</sup> ESTEBAN VELASCO, «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 24 (1999), p. 61; LARA GONZÁLEZ, «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 90.

*fine*), ni la aprobación de las cuentas anuales impide el ejercicio de esta acción social ni supone renuncia a la acción acordada o ejercitada (art. 238.4 LSCE). Con el mismo sentido de facilitar que la sociedad asuma la legitimación que la LSCE le confiere, se establece que los socios que representen, al menos, el 5 % del capital social, pueden solicitar la convocatoria de la junta general, para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 239.1 LSCE)<sup>1833</sup>.

La junta tiene facultades para transigir o renunciar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en cualquier momento, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social (art. 238.2 LSCE). Ahora bien, tanto el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad como el de transigirla determinan la destitución automática de los administradores afectados (art. 138.3 LSCE), sin que una eventual norma estatutaria por la que se eleve la mayoría de los votos necesarios para destituir al administrador (art. 223 LSCE) pueda impedirlo<sup>1834</sup>.

Son pocas las ocasiones en la que se plantea en la práctica el ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad puesto que la mayoría de los socios que en junta general ha nombrado a los administradores, normalmente opta por vías menos alarmantes para el tráfico y el crédito de la sociedad, como la no reelección o la revocación<sup>1835</sup>. No obstante, en los últimos tiempos se ha planteado y ejercitado en algunas sociedades cotizadas insertas, la mayoría, en el ámbito inmobiliario<sup>1836</sup>.

---

<sup>1833</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 7.

<sup>1834</sup> STS n° 3223 de 30/12/1997 (RJ 1997\9192), ponente ALMAGRO NOSETE.

<sup>1835</sup> LARA GONZÁLEZ, «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 90.

<sup>1836</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La acción social de responsabilidad (algunas cuestiones pendientes)», *RDM*, n° 281, pp. 97 y 102.

***b. Socios***

Los socios, según se señaló, sólo tienen legitimación en forma subsidiaria y bajo ciertas condiciones<sup>1837</sup>.

Una minoría que represente, por lo menos, el cinco por ciento del capital (art. 239), puede entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social, cuando los administradores no con-vocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.2 LSCE). Fuera de estos casos, la doctrina del TS es constante, al rechazar la acción social cuando es ejercitada directamente por los socios, sin mediar el acuerdo de junta o no habiéndose promovido el acuerdo e interpuesto la acción por la minoría requerida<sup>1838</sup>.

La exigencia de que la minoría represente un determinado porcentaje del capital ha sido justificada por la doctrina, porque evita que accionistas con una mínima participación entablen actuaciones abusivas<sup>1839</sup>.

***c. Acreedores***

Los acreedores pueden ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSCE). Se trata de una legitimación por subrogación, con la

---

<sup>1837</sup> CERDÁ ALBERO, op. cit., p. 8.

<sup>1838</sup> SSTS de 21/11/1997 (RJ 1997\8095) ponente GONZÁLEZ POVEDA y de 5/11/1997 (RJ 1997\7933) ponente GULLÓN BALLESTEROS.

<sup>1839</sup> JUSTE MENCÍA, «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), p. 121.

finalidad de recomponer el patrimonio social, por lo que quedan en la misma situación que los legitimados originales<sup>1840</sup>.

Corresponde señalar, por ser especialmente relevante a los efectos de esta tesis que, si se da el presupuesto de insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos es porque la sociedad se encuentra en estado de insolvencia económica. Una acreditación suficiente de este presupuesto por parte de los acreedores a efectos del ejercicio de la acción social de responsabilidad podría confirmar el deber de los administradores de solicitar el concurso<sup>1841</sup>.

#### ***d. Administración concursal***

Por último, corresponde destacar que en el régimen derogado<sup>1842</sup>, a partir de la declaración de concurso, se atribuía legitimación a la administración para promover la acción social de responsabilidad, en forma compartida con la sociedad, los socios y los acreedores<sup>1843</sup>. De acuerdo con el art. 48 *quater* incorporado a la LCE, durante la tramitación del concurso de la sociedad, la legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los

---

<sup>1840</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores...» (2002), pp. 280-286; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 714; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 21.

<sup>1841</sup> JUSTE MENCÍA, «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, 5ª ed. (2013), pp. 154 y 155.

<sup>1842</sup> El art. 48.2 derogado establecía lo siguiente: «*Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.*»

<sup>1843</sup> ALONSO UREBA, «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores...» (2004), pp. 1433; BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la "naturaleza"...», p. 349.

administradores, auditores o liquidadores de la concursada, corresponderá *exclusivamente* a la administración concursal<sup>1844</sup>.

Esta reforma era reclamada desde larga data por la doctrina, que consideraba que la acumulación de la legitimación de la administración concursal, en lugar de la sustitución de los legitimados originarios, contradecía elementales exigencias de política jurídica. En sede concursal, se decía, debiera primar el principio de protección de los acreedores, lo que desaconseja que sea la propia sociedad o sus socios, los que ejerciten la acción social<sup>1845</sup>.

Alguna doctrina considera que a pesar de que el art. 48 *quater*, una vez declarado el concurso, limita el ejercicio de la acción a la administración concursal, hay dos argumentos de texto para sustentar que subsiste la legitimación de los acreedores con carácter subsidiario. El art. 240 de la LSCE, según se vio, exige que los acreedores prueben que el patrimonio social es insuficiente para la satisfacción de sus créditos como presupuesto de su ejercicio de la acción social de responsabilidad. En la práctica, por lo tanto, la situación arquetípica en que se dará el presupuesto exigido por la norma es la derivada de la existencia de un proceso concursal. Luego, el art. 54.4 de la LCE prevé que los acreedores están legitimados para ejercer subsidiariamente acciones del concursado de carácter patrimonial, si instada por escrito la administración concursal ésta no la promoviese en el término de dos meses. La acción social de responsabilidad, por definición, es una acción de la concursada, a pesar de que la legitimación le esté conferida a la administración concursal (que, en este caso, actúa como sustituto procesal)<sup>1846</sup>.

---

<sup>1844</sup> Se retorna, en este aspecto, a la solución contenida en la PALC que, también, confería legitimación exclusivamente a la administración concursal (art. 57).

<sup>1845</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...» (2003), pp. 548-549; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 717.

<sup>1846</sup> JUSTE MENCÍA, «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2013), pp. 156 y 157.

## 4. Prescripción

En punto a la prescripción de la acción social de responsabilidad, no existe duda de que se aplica el plazo cuatrienal del art. 949 CCom español, plazo que se computa desde el día en que el administrador demandado cesara en su cargo<sup>1847</sup>.

### *C. La acción individual de responsabilidad*

#### 1. Concepto

Se denomina acción individual de responsabilidad a aquélla dirigida contra sus administradores, para la reparación del daño sufrido directamente en el patrimonio de un socio o un tercero. Ha de tratarse de responsabilidad personal del administrador y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en nombre e ella<sup>1848</sup>.

El art. 241 de la LSCE reconoce la posibilidad de entablar una acción individual de responsabilidad, a los efectos de reparar el daño directo causado «*por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos*»<sup>1849</sup>. Eventualmente, ese tercero puede ser un acreedor a quien el administrador haya lesionado su derecho por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los causados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo<sup>1850</sup>.

---

<sup>1847</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 8.

<sup>1848</sup> URÍA, op. cit., p. 329.

<sup>1849</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 21; MOYA JIMÉNEZ, op. cit., p. 70.

<sup>1850</sup> SALAS CARCELLER, «Nuevamente sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores de la sociedad concursada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5 (2012), p. 1.

## 2. Legitimación activa

La legitimación para promover la acción individual de responsabilidad le corresponde, por definición, a los socios y acreedores sociales que hayan sufrido un daño patrimonial directo, imputable a los administradores de una sociedad.

En el art. 48 *quater* agregado en la reciente reforma, se establece que, una vez declarado el concurso, la legitimación para promover «*las acciones de responsabilidad de la persona jurídica*» contra los administradores, liquidadores o auditores, corresponderá «*exclusivamente*» a la administración concursal<sup>1851</sup>. Nos parece claro, entonces, que la legitimación exclusiva de la administración concursal se limita a aquellas acciones que le hubiera correspondido ejercer a la persona jurídica. Adviértase que la acción individual no guarda relación alguna con la solvencia o insolvencia de la masa activa concursal, ni con su recomposición. Tampoco está dirigida contra la persona jurídica concursada. Por lo tanto, la administración concursal carece de interés en la dilucidación de esta acción, dirigida exclusivamente contra el patrimonio de administradores, auditores o liquidadores, para la reparación del daño sufrido directamente por socios o terceros.

## 3. Hipótesis de responsabilidad por daño directamente causado a socios y acreedores

En diversas hipótesis se ha apreciado la antijuridicidad de la conducta de los administradores que lesiona de manera directa los intereses de socios. Por ejemplo, se condenó a los administradores a restituir a un socio las cantidades aportadas en un aumento de capital, puesto que los administradores no presentaron oportunamente para su inscripción registral los documentos acreditativos de la ejecución del aumento y, a la vista de ello, el socio resolvió el contrato de suscripción de acciones<sup>1852</sup>. En otro caso, en que se modificó la forma

---

<sup>1851</sup> Ya bajo el régimen derogado se consideraba que la administración concursal carecía de legitimación para promover esta acción (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 717).

<sup>1852</sup> STS n° 735 de 25/9/1996 (RJ 1996/6656) ponente GARCÍA VARELA.

de emisión de las acciones (que pasaban de ser al portador a nominativas), y los administradores no canjearon a un socio sus acciones, se les condenó a que reconocieran a tal socio la cualidad de accionista (procediendo al canje) y le indemnizaran los daños que se fijasen en ejecución de sentencia<sup>1853</sup>.

En cuanto a la legitimación de acreedores sociales, una conducta de la que tópicamente se afirma la responsabilidad de los administradores por causar un daño directo a estos terceros, consiste en el endeudamiento progresivo de la sociedad a sabiendas de la insolvencia de ésta. El administrador que, conociendo la situación de insolvencia en que se encuentra la sociedad y a despecho del estado de insolvencia societaria, le hace incurrir en nuevas deudas a raíz de contratos con terceros, contraviene el canon de diligencia con que debe desempeñar el cargo. Esta negligente conducta se traduce en que el administrador deba responder personalmente, contribuyendo en el pago de las deudas sociales ante los terceros, cuando finalmente se constata la insolvencia societaria<sup>1854</sup>.

Asimismo, la conducta de los administradores sociales lesiva de los intereses de los acreedores sociales que en más ocasiones ha merecido el reproche de los tribunales, consiste en el cese de la actividad social con la desaparición fáctica de la sociedad, sin que estos administradores hayan adoptado las medidas pertinentes para garantizar el pago de las obligaciones sociales, liquidando regularmente la sociedad<sup>1855</sup>. La inactividad del administrador ante la insolvencia de la sociedad ha sido considerada como causa eficiente de daños patrimoniales a terceros, al verse éstos imposibilitados para cobrar sus créditos ante la crítica situación económica de la sociedad, por cesar de hecho en su actividad, sin haber cumplido el administrador las previsiones legalmente dispuestas ante esta situación<sup>1856</sup>.

---

<sup>1853</sup> STS n° 272 de 20/3/1998 (*RJ* 1998/1712) ponente VILLAGÓMEZ-RODIL.

<sup>1854</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 10.

<sup>1855</sup> SSTS n° 358 de 22/4/1994 (*RJ* 1994/3084), de 26/12/1991 (*RJ* 1991/9604), de 4/11/1991 (*RJ* 1991/8143) y de 13/2/1990 (*RJ* 1990/681).

<sup>1856</sup> STS de 22/5/1999 (*RJ* 1999\3478) ponente VILLAGÓMEZ-RODIL.

#### 4. Presupuestos de la acción

Consecuentemente, para que pueda prosperar esta acción individual de responsabilidad, los socios demandantes deben acreditar que han sufrido un daño directo en su patrimonio (no en el patrimonio de la sociedad) por la conducta de los administradores. Por eso, en diversas sentencias fueron absueltos los administradores de la demanda de responsabilidad interpuesta por socios minoritarios, que reclamaban la indemnización por los daños causados por el administrador a raíz de ciertas ventas de inmuebles de la sociedad<sup>1857</sup>.

Se debe acreditar, asimismo, el nexo causal entre la acción u omisión del administrador y el daño causado. En STS de 8 de febrero de 2008, se casa la SAP por considerar que faltó la acreditación de la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta de los apoderados – considerados, en el caso, como administradores de hecho – y el daño causado. En el caso, la omisión del deber de promover la disolución de la sociedad no le pareció a la STS - según los hechos que considera probados la sentencia recurrida - que fuera la causa directa de la insolvencia o de la imposibilidad por parte de los acreedores de percibir su crédito por falta de una ordenada liquidación<sup>1858</sup>.

#### 5. Prescripción

Sobre este punto es preciso advertir una gran discrepancia jurisprudencial. En 1992, el TS consideró que el plazo de prescripción de la acción es el de un año del art. 1968.2º CCE (por remisión del art. 943 CCom español), y añadió que el *dies a quo*, la interrupción y el transcurso total del plazo de prescripción son extremos que ha de probar quien formula la excepción (art. 1214 CCE)<sup>1859</sup>. Empero, desde la STS de 20 de julio de 2001, se entiende, en forma unitaria – bien alegando razones de uniformidad y seguridad jurídica, bien por considerar

---

<sup>1857</sup> SSTs de 21/11/1997 (RJ 1997/8095) ponente GONZÁLEZ POVEDA y de 5/11/1997 (RJ 1997/7933) ponente GULLÓN BALLESTEROS.

<sup>1858</sup> STS nº 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

<sup>1859</sup> STS nº 512 de 21/5/1992 (ROJ 4066\1992) ponente MARTÍNEZ-PARDO.

que no se trata de responsabilidad extracontractual - que a la acción individual entablada por el acreedor social resulta aplicable asimismo el plazo cuatrienal del art. 949 CCom español, y no el genérico del art. 1968.2º CC, independientemente de su respectiva naturaleza<sup>1860</sup>, dándose por finalizado el tema sobre el plazo de prescripción<sup>1861</sup>.

ALFARO ÁGUILA-REAL, en una postura crítica de la jurisprudencia del TS, considera que el art. 949 del CCom español, que establece un plazo de prescripción de cuatro años para las acciones sociales a partir del cese en el puesto, es una regla sensata para la prescripción de las acciones en interés de la sociedad contra los administradores, puesto que, hasta que no abandonen su puesto no puede saberse con exactitud qué es lo que ha hecho el administrador y si ha dañado o robado a la sociedad. De ahí que el *dies a quo* de dicha acción se compute desde el cese del administrador. Sin embargo, carece de sentido para acciones que puedan tener los terceros – o los socios individualmente – ya que respecto de éstas no se plantea el problema de conocimiento de los datos. Entonces, dado que no existe una acción individual de responsabilidad, tampoco puede establecerse una norma única de prescripción<sup>1862</sup>.

Tampoco considera exacto calificar de *contractual* la responsabilidad individual del administrador cuando el que reclama es un socio y de *extracontractual* cuando el que reclama es un tercero. La aplicación de las normas sobre la responsabilidad contractual o extracontractual dependerá de qué

---

<sup>1860</sup> SSTs de 8/2/2008 (RJ 2008\2664); nº 206 de 22/3/2005 (ROJ 1782\2005); nº 234 de 24/3/2004 (RJ 2004/2066); nº 776 de 20/7/2001 (RJ 2001\6865); de 14/5/1996 (RJ 1996/3907) y nº 626 de 22/6/1995 (RJ 1995/5179).

<sup>1861</sup> LATORRE CHINER, «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *RDS*, nº 32 (2009), p. 392.

<sup>1862</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2007 (2007), p. 8.

acción esté ejerciendo el socio o el tercero que exige la indemnización al administrador<sup>1863</sup>.

#### ***D. Competencia jurisdiccional***

Según jurisprudencia constante del TS, la competencia respecto de estas acciones le corresponde a los Juzgados en lo Mercantil, que es el mismo órgano judicial que tramita el procedimiento concursal<sup>1864</sup>.

Bajo el régimen derogado, la doctrina advertía sobre la conveniencia de que esa competencia surgiera de un texto expreso<sup>1865</sup>, omisión que ahora vino a subsanar la reforma concursal. En la nueva redacción del art. 51.1 se establece que se acumularán de oficio al concurso *todos* los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada. Sólo quedan exceptuados del fuero de atracción concursal, aquellos juicios no se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista.

#### ***E. Diferencias con la responsabilidad concursal por el déficit***

La primera diferencia depende de la posición que se haya asumido respecto a la función de la responsabilidad por el déficit. La responsabilidad por el daño causado a la sociedad, socios o acreedores cumple, nítidamente, una función resarcitoria o indemnizatoria. Ya la responsabilidad concursal por el déficit cumple, para algunos una función resarcitoria y, para otros no. Nos remitimos, en este punto, a lo ya expuesto al analizar la función de la responsabilidad por el déficit concursal.

Una segunda diferencia es, en principio, un tanto obvia, la responsabilidad societaria por daño es mucho más amplia en cuanto a los casos y circunstancias en que se genera. La responsabilidad por el déficit sólo surge, en caso de

---

<sup>1863</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, id. *ibid.*

<sup>1864</sup> MOYA JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 70.

<sup>1865</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 718.

calificación culpable del con-curso (arts. 164 y 165 LCE) y solo si la sección de calificación fue formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 172 bis LCE), según ya se analizó. En cambio, la responsabilidad societaria está presente toda vez que los administradores realicen actos o incurran en omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos, o por el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236 LSCE).

Naturalmente, si la causa de la responsabilidad se encuentra en actos u omisiones de los previstos en el art. 236 de la LSCE, que hayan generado o agravado la insolvencia, cosa que suele suceder, la diferencia que acabamos de referir entre una y otra responsabilidad se desvanece.

Una tercera diferencia tiene que ver con el alcance subjetivo de ambas responsabilidades. La responsabilidad por el déficit concursal se extiende a los que hubieran sido administradores, liquidadores y apoderados generales, de hecho o de derecho, en los dos años precedentes a la declaración de concurso. La responsabilidad societaria por daño no alcanza a los apoderados generales y, respecto a los demás, tiene un alcance temporal mayor, puesto que llega hasta los cuatro años anteriores a su cese (art. 949 CCom).

La relevancia de la distinción está en el régimen de solidaridad entre los administradores sociales impuesto por la legislación societaria. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 237 de la LSCE, todos los miembros del órgano de administración que hayan adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, responden solidariamente, salvo que prueben que no intervinieron en su adopción y ejecución o desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

Entre tanto esta solidaridad no fue establecida en el caso de la responsabilidad concursal, al menos a texto expreso<sup>1866</sup>. Por el contrario, el art.

---

<sup>1866</sup> ALONSO UREBA, id. *ibid.*

172 bis de la LCE establece que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso. Sobre esta cuestión, nos remitimos a lo expresado al tratar la cuestión del alcance de la condena a pagar el déficit concursal.

## II. Legislación societaria uruguaya

En la legislación societaria uruguaya existen dos normas básicas sobre responsabilidad de administradores por daño a la sociedad: el art. 83<sup>1867</sup> y el art. 391<sup>1868</sup> de la LSC. El primero, aplicable a todos los tipos sociales, no contempla la posibilidad de que la acción social pueda ser promovida por terceros. El art. 391, en cambio, en sede de sociedades anónimas, lo prevé expresamente.

No existe en la legislación societaria uruguaya, ninguna norma que expresamente confiera la posibilidad a terceros, de accionar contra los administradores por el daño que directamente se les haya causado. Existen diversas opiniones doctrinarias sobre el fundamento de una acción individual de responsabilidad, que resumiremos más adelante.

En ninguna de las normas que atribuyen responsabilidad en la legislación societaria uruguaya se hace referencia a los administradores de hecho.

---

<sup>1867</sup> Art. 83 LSC: «Los administradores y representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.

*El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño.»*

<sup>1868</sup> El art. 391, en su § 1, dispone lo siguiente: «(Responsabilidades). El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.»

## ***A. Elementos de la responsabilidad***

El art. 83 de la LSC contiene la norma básica en materia de responsabilidad de administradores por daño a la sociedad. Para las sociedades anónimas la norma principal en materia de responsabilidad civil se encuentra en el art. 391 de la LSC, donde se establecen las hipótesis generales en que los administradores incurrirán en responsabilidad, el carácter solidario de su responsabilidad, la extensión del daño por el cual responden los administradores y las condiciones en que los administradores pudieran verse exonerados de responsabilidad.

### **1. Daño**

El art. 83 de la LSC impone a los administradores y representantes la obligación de responder «*por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión*». La responsabilidad de los administradores, entonces, depende de que se haya causado daño a la sociedad. La sola comisión de un acto ilícito, antiestatutario o negligente no apareja la responsabilidad. Es menester que ese acto haya provocado un perjuicio dado que esta responsabilidad tiene una función reparadora.

Los daños y perjuicios se evidencian en la diferencia entre el valor actual del patrimonio y el que tendría de no haberse producido el acto ilícito o antiestatutario o el incumplimiento o la falta de gestión en que se funda la responsabilidad, incluido el lucro cesante ocasionado. Se admite que el hecho imputado a los administradores pueda causar daños en cascada: como consecuencia del daño consistente en una pérdida puede sobrevenir otro daño que ha de ser la ganancia que por esa pérdida se dejó de percibir.

Si se considera que esta responsabilidad es contractual, en virtud de lo dispuesto por el art. 223 del CCom uruguayo, la obligación de reparar se limita

al daño previsible al tiempo del contrato y directamente causado. Si existió dolo se responde, también, por el daño imprevisible<sup>1869</sup>.

En el caso de administradores de sociedades anónimas, el art. 391 establece que responderán «*por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente*» de sus acciones u omisiones. Por lo tanto, constituye una excepción a la norma general en materia de responsabilidad contractual, que obliga a reparar sólo el daño directamente causado.

Si se considera que la responsabilidad de los administradores es extracontractual, lo dispuesto por el art. 391 de la LSC coincide con el principio general para ese tipo de responsabilidad previsto en el art. 1323 del CC, según el cual queda comprendido no sólo el daño directo sino el indirectamente causado<sup>1870</sup>. Además, en el caso de responsabilidad es extracontractual se responde siempre tanto por el daño lo previsible como por el imprevisible.

## 2. Incumplimiento o conducta ilícita

El art. 83 de la LSC contiene la norma básica en materia de responsabilidad de administradores, les impone el deber de actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La responsabilidad se genera, tanto por acción como por omisión<sup>1871</sup>.

---

<sup>1869</sup> El art. 223 del CCom uruguayo establece: «*El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto, o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento, a no ser en los casos especialmente determinados en este Código.*»

*Aún en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la Ley, o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.»*

<sup>1870</sup> El art. 1323 del CC dispone: «*El daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia in-mediata del hecho ilícito.*»

<sup>1871</sup> No se incluye como causal de responsabilidad la violación de la Ley y de los estatutos como sí lo hace el art. 391 para la sociedad anónima. Sin perjuicio de ello, debe entenderse

La conducta de los administradores está orientada por un deber de lealtad frente a la sociedad. En la gestión de los negocios sociales, en el cumplimiento de las obligaciones que la Ley o los estatutos les imponen, en el ejercicio de las facultades de las cuales están dotados, el principio rector ha de ser siempre su deber de lealtad. El deber de lealtad, responde a la aplicación del principio general, que impone la ejecución de los contratos de buena fe. Como aplicación principal de este deber se señala la obligación de anteponer los intereses de la sociedad a los intereses propios o de terceros<sup>1872</sup>. Además, también, como desarrollo del deber de lealtad, la LSC impone prohibiciones especiales: la de contratar con la sociedad sin cumplir con ciertas condiciones y la de realizar actividades competitivas y otras que analizaremos más adelante.

El deber de lealtad es la contrapartida del amplio alcance del derecho a la información con que cuentan los administradores. Claro está que la sociedad no puede negarle información a los administradores. Cada administrador dispone de autonomía para requerir, por sí, información sobre todos los aspectos de la gestión social. La falta de información habilitará a ese administrador, a requerir una medida judicial de intervención<sup>1873</sup>. Sin embargo, corresponde que la sociedad se asegure de que la información será estrictamente para el uso personal de los directores que lo solicitan y que, en ningún caso se divulgará a terceros. La divulgación de información confidencial a terceros ciertamente viola el deber de lealtad impuesto por el art. 83 de la LSC.

---

que el administrador será responsable si viola la Ley o el estatuto, porque, al hacerlo, no estará cumpliendo debidamente con la diligencia de un buen hombre de negocios.

<sup>1872</sup> GALINDO GARFIAS, *Sociedad anónima: responsabilidad civil de los administradores* (1957), pp. 82, 83 y 89.

<sup>1873</sup> FILIPPI y PARDINI, «El derecho de información de los directores», *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 2, p. 213.

El cuanto al deber de emplear en su gestión la *diligencia de un buen hombre de negocios* recuerda la del *bonus paterfamilias* (art. 1104, § 2, CCE) pero es sustancialmente diferente. El buen padre de familia es la persona que pone los cuidados pro-prios del hombre común medio. La LSC es más exigente, ya que no basta el modelo de un buen hombre común, sino que se exige del administrador una especial aptitud profesional. El buen hombre de negocios es una persona que emplea la diligencia requerida, normalmente, para el tipo de negocios que se le encomienda. Por otro lado, se ha sostenido que mientras la conducta del buen padre de familia debe estar presidida por la intención de conservar la riqueza, evitando asumir riesgos que pudieran afectarla, en cambio, el accionar del buen hombre de negocios está orientado por la intención de acrecentar la riqueza, de obtener lucros, para lo cual necesariamente se deben correr riesgos. El buen padre de familia es el que no arriesga el patrimonio familiar; el buen hombre de negocios es el que arriesga moderadamente el patrimonio empresarial. Cuando el hombre de negocios corre pocos riesgos, será calificado de timorato y no habrá estado a la altura de lo que se espera de él. Si corre riesgos excesivos, se lo considerará temerario<sup>1874</sup>.

En cuanto a los administradores de sociedades anónimas, el art. 391, § 1, establece que responderán por los daños y perjuicios resultantes de las causales

---

<sup>1874</sup> El modelo de diligencia impuesto por la LSC, puede ser de difícil aplicación en la práctica. ¿Cómo establecer con certeza, cuál es exactamente la conducta de un buen hombre de negocios, en las situaciones tan diferentes y, a veces, tan complejas, en que son colocados los administradores de las sociedades, en razón de sus funciones? En primer término, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los negocios sociales. El modelo elegido supone tener en cuenta el objeto de la sociedad de que se trata en cada caso; se requiere distinta competencia personal y dedicación según el giro. No es lo mismo ser el administrador de una sociedad anónima que explota el giro bancario, que ser administrador de una industria textil o de un almacén. Cada giro requiere especiales conocimientos y distinto grado de dedicación. Para cada empresa se impone el desarrollo de una diligencia adecuada a su objeto y finalidad. Para su valoración se deben tomar en consideración las particularidades de los negocios que los administradores deben realizar, los instrumentos jurídicos aptos para su preparación y concertación, las circunstancias que rodean su giro específico.

siguientes: violación de la Ley, violación de los estatutos o reglamentos; abuso de facultades y dolo o culpa grave; mal desempeño de su cargo según el criterio del art. 83. La referencia al art. 83 extiende la imposición al administrador y los directores de sociedades anónimas, el deber de lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, que ya referimos.

La responsabilidad de los administradores por los daños y perjuicios resultantes de la violación de la Ley, entra en vigor, frente a la trasgresión de cualquier disposición legal; tiene el más amplio campo de aplicación. En cuanto a la violación del estatuto, los casos de responsabilidad pueden ser de enorme variedad dada la multiplicidad de aspectos regulados por los estatutos. Las estipulaciones de mayor interés son las que determinan el objeto social, las que contienen restricciones a las facultades de los administradores, las que imponen especiales deberes y prohibiciones.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores por el mal desempeño del cargo, remite al art. 83 que exige la diligencia de un buen hombre de negocios. El art. 391 no se refiere expresamente al deber de lealtad pero entendemos que, también, se impone a los administradores de sociedades anónimas, por el art. 83, que es una norma general para todos los tipos sociales. El administrador tiene la obligación de realizar la gestión de los negocios sociales y, además, debe actuar con lealtad.

Se entiende que existe abuso de facultades cuando el administrador, aun cumpliendo con la Ley y con los estatutos, ejerce sus facultades pero con finalidad diversa para la cual le fue conferido el poder, esto es, con el objetivo de causar daños a intereses de la sociedad o a derechos de accionistas o terceros y de obtener un enriquecimiento o una ventaja personal.

Si bien la LSC no establece expresamente que la disolución de la sociedad sea un deber específico de los administradores que le pudiera entrañar responsabilidad, la jurisprudencia en algún caso ha pronunciado sentencias de condena. Así, por ejemplo, en la STAC de 6° t., n° 129 de 31 de mayo de 2011 –

confirmatoria de la SJLC de 15 turno, n° 37 de 16 de julio de 2010 – consta que, ante la demanda de uno de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, no sólo se declaró la disolución de la sociedad, sino que se condenó al administrador por los daños y perjuicios derivados de su negativa a disolver la sociedad y por vaciamiento de la empresa, ya que el demandado continuó trabajando por cuenta propia con la maquinaria, empleados y clientela de la sociedad.

### 3. Nexo causal

Los administradores serán responsables por sus actos ilícitos, antiestatutarios o negligentes siempre que estén relacionados causalmente al perjuicio sufrido por la sociedad, los accionistas o los terceros. En el régimen básico de responsabilidad previsto por el art. 83 de la LSC no se hace referencia alguna al nexo causal, de modo que habrá, en aplicación del art. 223 del CCom uruguayo, se responderá por los daños directos e inmediatos, esto es, debe existir nexo causal directo entre la acción o la omisión, y el daño<sup>1875</sup>.

En cambio, respecto de los administradores y directores de sociedades anónimas, el art. 391 de la LSC establece la responsabilidad por daños «*resultantes, directa o indirectamente*» de la violación de la Ley, el estatuto o por

---

<sup>1875</sup> Cuando se trata de sociedades personales, la Ley no habilita al socio a reclamar por los perjuicios sufridos personalmente, como consecuencia del daño patrimonial experimentado por la sociedad en la cual participa. El socio no podría promover un juicio porque la mala gestión perjudicó el patrimonio de la sociedad y con ello el valor de su participación. En tal caso, no existe un nexo causal directo. Entre el hecho del administrador y el daño sufrido por el socio, se interpone la sociedad. El hecho dañó a la sociedad y luego, mediatamente, a sus socios o accionistas. En cambio, si se trata de una sociedad anónima, la LSC establece responsabilidad por daños directa o indirectamente causados. Los accionistas podrán reclamar el daño indirectamente sufrido. No obstante, entendemos que la reparación de ese perjuicio indirecto solamente puede obtenerse a través del ejercicio, por el accionista, de la acción social, cuando se dan las condiciones para ello. Con el ejercicio de la acción social, el accionista ha de lograr reparar el daño sufrido personalmente. La reparación ha de ser indirecta, a través de la recomposición del patrimonio de la compañía.

el mal desempeño de su cargo. Entre el hecho que se atribuye al administrador y el daño resultante, debe existir un nexo, pero puede ser directo o indirecto<sup>1876</sup>. El art. 391 de la LSC, entonces, se aparta del régimen general del Derecho civil y del Derecho comercial uruguayos sobre responsabilidad contractual y extracontractual, que imponen que el nexo sea directo e inmediato.

Por otra parte, debe ser advertido que, cuando las resoluciones se adoptan en una reunión de directorio (consejo), se presume que sus integrantes han intervenido por igual, en la realización del acto dañoso. Incluso más, el director que no estaba presente en la sesión en que se adoptó la resolución o que se opuso, igual responde. En otras palabras, se les considera culpables como si cada uno de ellos hubiera ejecutado íntegramente el acto, por sí. No se requiere que la conducta perjudicial sea efectivamente imputable a todos y cada uno de los titulares del órgano administrativo.

Sólo está exento de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad (art. 391 § 2).

---

<sup>1876</sup> Damos un ejemplo. El administrador causa daños patrimoniales a la sociedad (daño directo e inmediato) y, como consecuencia de ellos, se perjudican los acreedores sociales que no pueden recuperar sus créditos (daño indirecto). También, se perjudica el accionista que ve disminuido el valor de su participación accionaria. En ambos casos, el daño es indirecto.

En los casos dados como ejemplo, el administrador tendrá responsabilidad frente al acreedor y frente al accionista. No existe un nexo causal directo entre el hecho del administrador y el daño sufrido por el socio o el acreedor, se interpone la sociedad. El hecho dañó a la sociedad y luego, mediatamente, a sus accionistas o al acreedor.

Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose, luego, como se dispone en el párrafo anterior (art. 391 § 3).

Claro que, si uno o más directores, inorgánicamente, realizan actos o hechos ilícitos, ellos no podrán ser imputados a la sociedad. La sociedad solo queda vinculada por los actos de sus representantes. Sólo quienes participaron en esos actos serán responsables. Quien no participó no será responsable, pero tiene el deber de convocar a una reunión de directorio para que se reconsidere lo actuado (art. 391 § 4).

#### 4. Culpa

El art. 391 de la LSC, aplicable a las sociedades anónimas, establece que los administradores o los directores, responderán por los daños y perjuicios resultantes de la violación de la Ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo (según el criterio del art. 83) y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave<sup>1877</sup>.

Alguna doctrina sostiene que los directores no son responsables por culpa leve, porque entienden que la referencia antes comentada al dolo o culpa grave, se

---

<sup>1877</sup> El art. 1344 del CC uruguayo establece: «Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve.

*Sea que el negocio interese a una sola de las parte, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.*

*Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el contrato o el conjunto de circunstancia, en los casos especialmente previstos por este Código.»*

aplica a todas las causales de responsabilidad<sup>1878</sup>. De acuerdo a esa tesis, si el directorio incurre en violación de una ley, se le dispensaría de la culpa leve<sup>1879</sup>.

En el extremo opuesto, se ha considerado que, en hipótesis de violación de una norma contenida en la Ley o en los estatutos, la existencia de la culpa se constataría objetivamente. Se comprobaría la culpa con el simple examen objetivo de los hechos o actos realizados en violación de las normas preestablecidas. Por lo tanto, toda violación material de los deberes objetivamente determinados en la Ley o en los estatutos, sería fuente de responsabilidad para los administradores, si su incumplimiento hubiere dado lugar a la causación de un daño<sup>1880</sup>.

En nuestra opinión, la referencia al dolo y a la culpa grave no está calificando las condiciones generadoras de la responsabilidad por violación de la Ley o los estatutos sino que se trata de un criterio de imputación residual, para todas aquellas conductas que no supongan ni violación de la Ley o el estatuto, ni mal desempeño del cargo, ni abuso de facultades. Esto es, el correcto desempeño del cargo y el acatamiento de la Ley y el contrato no eximen de responsabilidad a los administradores de sociedades anónimas si igualmente por su acción y omisión se causó un daño y esa acción y omisión les es imputable a título de dolo o culpa grave. Dicho de otro modo, si los administradores violan la Ley o el estatuto,

---

<sup>1878</sup> OLIVERA GARCÍA, id., p. 26.

<sup>1879</sup> Queremos aclarar que la doctrina que sustenta la posición antes referida, se funda en GARRIGUES, quien, sobre la base del art. 79 de la LSA, sostenía que los administradores no respondían por culpa leve (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2, p. 164). No se advierte que ese artículo se refería exclusivamente a la responsabilidad por falta de la debida diligencia, no a la responsabilidad por violación de la Ley o del contrato.

<sup>1880</sup> GALINDO GARFIAS, *Sociedad anónima, responsabilidad civil de los administradores*, pp. 93 ss.

desempeñan mal su cargo o abusan de sus facultades responden, también, por su negligencia o culpa leve.

Las normas de la LSC sobre responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas no suponen una desviación del sistema general de responsabilidad. Para cualquiera de las causales de responsabilidad, ésta se genera cuando el administrador actuó con culpa – tanto grave como leve o dolo – incluyendo los casos de violación de la Ley o el estatuto<sup>1881</sup>.

### ***B. La acción social de responsabilidad***

Los arts. 392 a 395 se refieren a lo que la LSC denomina «*acción social de responsabilidad*», estableciendo las condiciones en que los diversos legitimados pueden accionar para el resarcimiento del daño causado a la sociedad, así como las condiciones para la extinción de la responsabilidad de los administradores respecto a ese daño.

#### **1. Legitimación activa**

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 393 de la LSC<sup>1882</sup> respecto a los administradores de sociedades anónimas, el legitimado principal para promover la acción social de responsabilidad es la sociedad. Como presupuesto de su ejercicio, se requiere una previa resolución en ese sentido de la asamblea de accionistas, que podrá considerar la cuestión aun cuando no figure en el orden del

---

<sup>1881</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas* (1973), p. 209; DALSACE, *Manuel des sociétés anonymes* (1968), p. 216; URÍA, *Derecho mercantil* (2002), p. 229.

<sup>1882</sup> Art. 393 LSC: «(Acción social de responsabilidad). La acción social de responsabilidad será ejercida por la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas, que podrá considerarla aun cuando el asunto no figure en el orden del día.

*La resolución aparejará la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar sustitutos.*

*El nuevo administrador o el nuevo directorio serán los encargados de promover la demanda. Si la sociedad estuviera en liquidación la acción será ejercida por el liquidador.»*

día. La resolución apareja la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar sustitutos. El nuevo administrador o el nuevo directorio son los encargados de promover la demanda.

Para el caso en que la sociedad estuviera en liquidación el inc. 3 del art. 393 prevé que la acción sea ejercida por el liquidador.

El art. 394 de la LSC<sup>1883</sup> establece que, si la acción social de responsabilidad no fue iniciada dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del in-cumplimiento de la medida ordenada. La acción sólo la pueden promover aquellos accionistas que se hubieren opuesto a la extinción de la responsabilidad.

Los acreedores, también, según lo dispuesto en el art. 395 de la LSC<sup>1884</sup>, pueden promover la acción social de responsabilidad, con la finalidad de reconstruir el patrimonio social, si éste fuere insuficiente para cubrir las deudas sociales a consecuencia de los actos u omisiones generadores de responsabilidad y siempre que la sociedad o los accionistas no la hayan promovido.

La LSC no contiene disposición alguna respecto al ejercicio de una acción social contra administradores de sociedades a las que no se les aplique el régimen

---

<sup>1883</sup> Art. 394 LSC: «(Ejercicio por accionistas de la acción social de res-ponsabilidad). La acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad (art. 392).

*Si la acción prevista en el primer inciso del artículo 393 no fuera iniciada dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista podrá promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.»*

<sup>1884</sup> Art. 493 LSC: «(Ejercicio por acreedores de la acción social de respon-sabilidad). Los acreedores de la sociedad sólo podrán iniciar la acción de responsabilidad cuando ésta tenga por finalidad la reconstrucción del patrimonio social, insuficiente para cubrir las deudas sociales a consecuencia de los actos u omisiones generadores de responsabilidad y siempre que la sociedad o los accionistas no la hayan promovido.»

de las anónimas. La acción que eventualmente puedan ejercer se rige por las normas generales.

La LSC se limita a establecer, en el art. 83, que los administradores se encuentran obligados a reparar el daño que resulte de su acción u omisión frente a la sociedad y a los socios, pero no frente a terceros. Entendemos, entonces, que los terceros no están legitimados para reclamar judicialmente del daño causado a la sociedad por los administradores de sociedades a las que no se les aplique el régimen de las anónimas.

## 2. Legitimación pasiva

Tanto el art. 83 como el 391 establecen que la responsabilidad de los administradores es solidaria. Los legitimados activos, entonces, podrán accionar, indistinta o acumulativamente, contra todos los administradores por el total de los daños y perjuicios causados<sup>1885</sup>.

Siendo solidaria la responsabilidad, la acción de resarcimiento puede ejercitarse contra cualquiera de los directores, sin que a éstos les sea dado exceptuarse alegando que la acción debe antes ser dirigida contra alguno de sus colegas o contra todos en conjunto. Tanto la sociedad, como los accionistas o los

---

<sup>1885</sup> OLIVERA GARCÍA sostiene: «En el caso de que existieran varios directores responsables, cada uno de ellos estará obligado a reparar el patrimonio social en función de la participación que su actuación hubiera tenido en la producción del daño.» (OLIVERA GARCÍA, «Responsabilidad de los directores de entidades de intermediación financiera», *ADCom*, n° 11 [2005], p. 28).

Entendemos que tal postura es equivocada. El art. 391 establece terminantemente la responsabilidad solidaria de los directores, frente a la sociedad, accionistas y terceros. Consecuentemente, el cumplimiento de la totalidad del objeto de la obligación puede ser demandado individualmente a uno cualquiera de los deudores mancomunados o cuando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, puede ser reclamado a cualquiera de los que mancomunadamente están ligados por su cumplimiento o por la co-actuación. Tanto la sociedad como los socios pueden exigir ilimitadamente a cada uno de los directores en particular, el resarcimiento total de los daños y perjuicios sufridos por el mal desempeño del cargo (SASOT BETES y SASOT, op. cit., pp. 527 y 528).

terceros, pueden exigir ilimitadamente a cada uno de los directores, el resarcimiento total de los daños y perjuicios sufridos por la decisión del directorio<sup>1886</sup>.

Sin perjuicio de la solidaridad establecida por la LSC, el juez puede determinar la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño, a los efectos de las relaciones de los administradores o directores entre sí (art. 83, § 2). Si uno de los administradores ha pagado la totalidad de los perjuicios o una cuota superior a la parte que le pudiera corresponder en un justo prorrateo, puede ejercer una acción de repetición por el importe pagado con exceso (art. 1404 CCE y 271 CCom uruguayo). La distribución tiene lugar, en principio, por partes iguales; no obstante, puede proporcionarse a la participación que le hubiera correspondido a cada administrador en la comisión del acto.

Además, de las referidas, el resto de las disposiciones comunes en materia de solidaridad contenidas en el CC y en el CCom uruguayo se aplican a la responsabilidad de los administradores. Los legitimados activamente pueden reclamar a uno solo de los directores la reparación total del perjuicio sufrido sin que éste le pueda oponer el beneficio de división (arts. 1390 CC y 262 CCom uruguayo). Después de haber demandado a uno de ellos, sin haber podido obtener todo lo debido, el acreedor puede deducir demanda contra los otros hasta su pago total (arts. 1398, § 2, CC y 262 CCom uruguayo). Los administradores solo quedan liberados con el pago; el pago efectuado por uno de ellos, libera a los demás (arts. 1398, § 6, CC y 268, § 3, CCom uruguayo). La acción iniciada contra uno de los directores interrumpe la prescripción respecto a todos (arts. 1398, § 3, CC y 268, § 3, CCom uruguayo). El reconocimiento de su obligación por cualquiera de los administradores, interrumpe la prescripción respecto a todos (arts. 1398, § 4, CC y 268, § 4, CCom uruguayo). La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto a todos (arts. 1398, § 3, CC y 268, § 5, CCom uruguayo). Cada director puede

---

<sup>1886</sup> SASOT BETES y SASOT, id. *ibid.*

oponer las excepciones que sean comunes a todos los administradores, así como las que le sean personales, pero no podrán oponer las excepciones que sean personales a los demás (art. 1399 CC y 272 CCom uruguayo).

### ***C. La acción individual de responsabilidad***

En la LSC no existe ninguna norma expresa que establezca una acción de responsabilidad en favor de socios o terceros<sup>1887</sup> por el daño directamente causado por las acciones y omisiones de los administradores. Esto no significa que éstos no tengan acción o que los administradores no sean responsables por el daño directamente causado a socios o terceros. Sin embargo, ha generado algunas interpretaciones contradictorias en doctrina y jurisprudencia, según se verá a continuación.

#### **1. Legitimación activa**

En el Derecho uruguayo se le reconoce a los terceros la plena disponibilidad de una acción de carácter indemnizatorio. De modo que pueden ejercerla o renunciarla; pueden desistir del juicio una vez entablada la acción o pueden celebrar una transacción con los administradores antes o durante el juicio.

Si la sociedad aprueba la gestión de los administradores responsables, liberándoles de sus obligaciones de reparar o si renuncia, desiste o transa en juicio, tales actos no enervan la posibilidad de actuar de los terceros. La sociedad sólo tiene la disponibilidad de la acción social.

#### **2. Fundamento de la obligación de resarcir el daño causado**

En forma relativamente reciente, alguna doctrina civilista uruguayo ha propuesto que la acción individual de responsabilidad promovida por terceros, no

---

<sup>1887</sup> En la expresión *terceros* entendemos comprendidas todas aquellas personas que puedan resultar perjudicadas por un acto de los administradores, sea como co-contratantes, acreedores u obligacionistas.

podría fundarse en los supuestos establecidos por el art. 391 de la LSC<sup>1888</sup>. La fuente de la responsabilidad de los administradores frente a terceros, según estos autores se encontraría en el art. 1319 del CC, norma que regula la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual. De dicho postulado se deriva que algunas de las causales de responsabilidad previstas en el art. 391 no podrían ser invocadas por terceros. Así, por ejemplo, se ha dicho que la falta de gestión no puede causar perjuicios a terceros, puesto que los terceros no han de sufrir perjuicio alguno por la inejecución o mal desempeño del cargo<sup>1889</sup>.

En el mismo sentido, existe jurisprudencia del TAC de 2° turno<sup>1890</sup>, que admite la posibilidad de que socios o terceros accionen contra los administradores, por el daño que éstos le pudieran haber causado directamente, con fundamento en el art. 1319 del CC<sup>1891</sup>.

---

<sup>1888</sup> CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI descartan la aplicación del art. 391 a la acción individual de los acreedores, entre otros argumentos, en razón de que sometería a los acreedores a una «*extraña situación de lealtades contradictorias (...) bajo un doble comando imposible de cumplir*» (CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI, *Protección extracontractual del crédito*, pp. 161 y ss. [Montevideo: FCU, 2009] p. 153). Se trataría, según estos autores, de una «*trampa lógica imposible de sortear*», puesto que por la propia definición de la relación entre dichos sujetos, lo que preside la misma es la contraposición de intereses. Sería imposible lógicamente actuar lealmente, al mismo tiempo, respecto de sujetos con intereses contrapuestos o contradictorios (CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI, *id.*, p. 155).

<sup>1889</sup> CAFFERA MORANDI y MANTERO MAURI, *id.*, pp. 161 y ss.

<sup>1890</sup> STAC de 2° t., n° 201 de 17/9/2008 y n° 12 de 20/2/2002 (*ADCom*, n° 11, pp. 411-414).

<sup>1891</sup> El art. 1319 del CC uruguayo dispone: «*Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.*

*Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.*

*En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.»*

En nuestra opinión, los argumentos que manejan estos autores no son admisibles dada la claridad de nuestro texto legal que impone la responsabilidad de los administradores frente a terceros por la falta de la debida diligencia. La negligencia de los administradores puede trascender la esfera interna de la sociedad y causar perjuicios a terceros. Estos podrán obtener su reparación por la sociedad, que queda vinculada y obligada por los actos negligentes de sus administradores pero podrán, también, reclamar indemnización de los administradores porque la LSC les concede acción.

En cuanto a la violación del deber de lealtad, algunos autores descartan que los terceros puedan invocarla como fundamento de una acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad anónima. Se sostiene que no existe un deber de lealtad frente a los acreedores de la sociedad<sup>1892</sup>.

Tampoco, en la opinión de esta doctrina, sería aplicable el régimen de solidaridad de directores, establecido por la LSC para el caso de las decisiones adoptadas en el marco de las sesiones del órgano de administración<sup>1893</sup>.

No concordamos con esta opinión. En materia societaria las causales y condiciones en que los administradores devienen en obligados a reparar el daño causado, se encuentran previstas en dos disposiciones que, por su carácter especial, se aplican priori-tariamente: los arts. 83 y 391 de la LSC. De ninguna manera se puede interpretar – porque esas normas no lo establecen – que se limitaron a establecer la responsabilidad de los administradores por el daño que estos pudieran causarle al patrimonio social. Por el contrario, en el art. 83 – norma aplicable, en general, a todas las sociedades mercantiles - hay una referencia expresa a la responsabilidad de los administradores frente a los socios y en el inc. 1 del art. 391 – norma aplicable a las sociedades anónimas - se establece que responderán frente a los accionistas y los terceros. De modo que, puesto que donde la norma no distingue, tampoco lo puede hacer el intérprete, la

---

<sup>1892</sup> OLIVERA GARCÍA, op.cit., pp. 34 y 35.

<sup>1893</sup> OLIVERA GARCÍA, op. cit., pp. 34 y 35.

regulación de la responsabilidad prevista en esos artículos se aplica tanto al daño que se le cause a la sociedad – para cuya reparación disponen de la acción social que se regula en los arts. 393 y ss. – como por el daño que sufrieren en forma directa los socios o terceros.

La LSC no contiene normas respecto a una acción individual de responsabilidad, porque se entendió innecesario. El accionamiento de socios y terceros por el daño que directamente le causen los administradores, no requiere de disposiciones especiales respecto a cómo ejercer su legitimación procesal, ni respecto al trámite que debe dársele. En esto corresponde aplicar las reglas generales.

El art. 391, claramente, dispone varias causales de responsabilidad y su configuración respecto a la sociedad, a los accionistas y a los terceros. El art. 391 establece que, en todos los casos, la responsabilidad es solidaria. Un tercero puede promover la acción social de responsabilidad, fundado en cualquiera de las hipótesis previstas en el art. 391, incluida la violación del deber de lealtad.

El único caso en que corresponde acudir al art. 1319 del CC, en nuestra opinión, es para fundar la obligación de resarcir el daño causado a terceros no socios por los administradores de sociedades que no sean anónimas. En este caso, el art. 83 de la LSC no es suficiente para fundar dicha obligación, puesto que sólo hace referencia a los socios.

### III. Legislación societaria argentina

#### *A. Responsabilidad por daño a la sociedad*

El art. 276 de la LSCA prevé una acción social de responsabilidad contra los directores de las sociedades anónimas<sup>1894</sup>. La legitimación para el ejercicio de

---

<sup>1894</sup> Art. 276 LSCA: «La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en

esta acción, en principio, le corresponde a la propia sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Subsidiariamente, puede ser ejercida por los accionistas. No está previsto que la puedan promover terceros, salvo en caso de quiebra (art. 278).

### 1. Naturaleza jurídica

En el mismo sentido, OTAEGUI considera que, dada la naturaleza de funcionario del director, la responsabilidad tanto respecto de la sociedad como de los accionistas y terceros, es extracontractual<sup>1895</sup>.

### 2. Legitimación en situación de concurso

El art. 175 de la LCA establece que el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.

Esta norma guarda una cierta similitud con el art. 51 de la LC, en cuanto limita el ejercicio de la acción de responsabilidad al síndico. Sin embargo, el objeto de la acción es completamente diferente. La acción prevista en el art. 51 de la LC es por las obligaciones sociales. En cambio, la acción prevista en el art. 175 de la LCA es por daño.

Esto explica por qué el art. 51 de la LC se refiere a los socios *personalmente* responsables, en tanto el art. 175 de la LCA se refiere a los socios *limitadamente* responsables. En el Derecho argentino, a los socios personalmente responsables se les decreta la quiebra, como reflejo de la declaración de quiebra de la sociedad que integran. Consecuentemente, es irrelevante promover contra ellos una acción de responsabilidad.

---

*éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.*

*Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275.»*

<sup>1895</sup> OTAEGUI, «Responsabilidad civil de los directores», *RDCO*, pp. 61-66 (1978).

En los Derechos español y uruguayo, puesto que ya no existe la quiebra reflejo, se hace indispensable establecer un mecanismo para activar la responsabilidad de los socios personalmente res-ponsables y determinar a quién le corresponde la legitimación para hacer efectiva la responsabilidad personal de los socios luego de declarado el concurso, según ya se analizó.

### 3. Elementos de la responsabilidad

#### *a. Incumplimiento o conducta ilícita*

El art. 59 de la LSCA – al igual que la LSC – establece dos directrices de conducta para el administrador: el deber de actuar con lealtad y el deber de mantener la diligencia de un buen hombre de negocios<sup>1896</sup>.

La diligencia de un buen hombre de negocios configura una pauta abstracta de actuación, sin perjuicio de considerarse las circunstancias concretas de tiempo, lugar y modo, en orden a cada actividad societaria<sup>1897</sup>. Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina, al expresar que «*para analizar la responsabilidad de los directores y síndicos en la administración de los fondos societarios no puede prescindirse del objeto de la sociedad*»<sup>1898</sup>.

---

<sup>1896</sup> Art. 59 LSCA: «*Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidaria-mente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.*»

<sup>1897</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», pp. 321 y 322.

<sup>1898</sup> SCNCom, Sala E, de 21/3/2000, «Crear Crédito Argentino SA c/ Campos, Antonio y otros» (*Semanario Jurídico* del 2/11/2000, n° 1315).

***b. Culpa***

En la doctrina argentina predomina la consideración de que la culpabilidad constituye el factor de atribución de la responsabilidad societaria de los administradores<sup>1899</sup>.

***c. Daño***

El daño resarcible es el que ha sufrido la sociedad. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha resuelto que el mal desempeño imputado a los administradores por aprovechamiento de los bienes de la sociedad para el uso particular da lugar a la acción social de responsabilidad, puesto que la lesión que se atribuye a ese comportamiento es de carácter general y tiende a la reparación del perjuicio sufrido por la sociedad<sup>1900</sup>.

***B. Acción individual de responsabilidad***

El art. 279 de la LSCA<sup>1901</sup> constituye un mecanismo que permite - además de a la accionistas - a los terceros, víctimas de las reprochables actuaciones de los administradores de sociedades comerciales lograr una indemnización que lo resarza de los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio. El director que afronte solo la responsabilidad puede repetir contra los demás lo que hubiese sido obligado a pagar, deducido lo que le corresponde<sup>1902</sup>.

---

<sup>1899</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», p. 322; RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal*, p. 333; ROITMAN, «Responsabilidad de administradores...», p. 43.

<sup>1900</sup> SCNCom, Sala C, de 22/5/1987, «Kuckiewicz, Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cabana SA y otros» (LL, t. 1988-A, p. 65).

<sup>1901</sup> El art. 279, bajo el título «acción individual de responsabilidad» establece: «Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.»

<sup>1902</sup> NISSEN y PARDINI, «Sobre la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales», *Sociedades comerciales: los administradores y los socios: responsabilidad en sociedades anónimas*, dir. EMBID IRUJO y VÍTOLO (2004), p. 175.

Los acreedores sociales, para promover acciones individuales de responsabilidad, deben acreditar haber sufrido daño, que sea consecuencia del accionar de administradores sociales y que éstos hubieran asumido obligaciones, conociendo el estado de cesación de pagos. Ahora bien, en la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material - o subcapitalización - que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación, contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos<sup>1903</sup>.

Alguna doctrina considera que si la sociedad opera en el estado de insolvencia y ese extremo ha sido acreditado, debe presumirse que los administradores actuaron en forma negligente, incumpliendo con el paradigma de conducta del art. 59 de la LSCA. Todavía más, se considera que la responsabilidad, en este supuesto debe ser de naturaleza objetiva e incumbirá a los administradores, acreditar que concurren algunas de las eximentes para liberarse de responsabilidad. De otro modo, según esta doctrina, deben responder por las consecuencias dañosas<sup>1904</sup>.

### *C. Ejercicio de las acciones sociales en la quiebra*

En la legislación concursal argentina, las acciones sociales quedan sometidas a algunas reglas especiales.

---

<sup>1903</sup> RICHARD, «Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades», *XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires* (2001).

<sup>1904</sup> VILLAGRÁN, «La responsabilidad de los administradores de sociedades por actuar en estado de insolvencia. Bienes jurídicos protegidos», *X Congreso Argentino de Derecho Societarios, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (2007), p. 446.

## 1. Competencia y legitimación

Una vez declarada la quiebra, las acciones sociales de responsabilidad se tramitan ante el tribunal del concurso (atracción activa), por conveniencia en la disponibilidad de las pruebas. Significa una restricción al juez natural (domicilio social o del administrador, en su caso).

Las acciones las debe promover el síndico concursal (art. 175 LCA)<sup>1905</sup>. Si ya se estuvieren tramitando, el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante o mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que correspondan al concursado por separado<sup>1906</sup>.

Como requisito previo, se exige la autorización previa otorgada por la simple mayoría de capital quirografario (art. 119 LCA)<sup>1907</sup>. Lo que la Ley no ha establecido es si la autorización es requerida para la promoción de una nueva

---

<sup>1905</sup> Art. 175 LCA: «*Socios y otros responsables. El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.*

*Acciones en trámite. Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.»*

<sup>1906</sup> RIVERA, *Instituciones...*, p. 331.

<sup>1907</sup> Art. 119 LCA: «*Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebros el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio.*

*Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente.*

*La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido; en su caso el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del Artículo 240. La acción perime a los SEIS (6) meses.»*

acción o, también, para proseguir las ya iniciadas. La doctrina entiende que la requiere en ambos casos<sup>1908</sup>.

Cualquier acreedor interesado puede promoverla, en defecto del síndico, previamente emplazado en los términos del art. 120 LCA (que rige por remisión del 176)<sup>1909</sup>. La acción la deduce a su costa, y al igual que la acción concursal no requiere conformidad previa de los acreedores. Se satisface así la previsión del art. 278 LSCA<sup>1910</sup>, que habilita su ejercicio por los acreedores, en forma individual<sup>1911</sup>.

## 2. Prescripción

La LCA no prevé un término específico de prescripción para las acciones sociales ejercidas por la sindicatura durante el trámite falencial. En diversos fallos, entonces, se considera que resulta de aplicación el art. 846 del CCom pues, a falta de previsión expresa, rige la prescripción decenal<sup>1912</sup>.

---

<sup>1908</sup> ROITMAN, «Responsabilidad de administradores...», *RDPC*, n° 11, t. 2, p. 16.

<sup>1909</sup> Art. 120 LCA: «*Acción por los acreedores. Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos TREINTA (30) días desde que haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie.*

*El acreedor que promueve esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante.»*

<sup>1910</sup> Art. 278 LSCA: «*En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente.*»

<sup>1911</sup> ALEGRÍA, «Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas», *RDPC*, n° 22 (2000), p. 271.

<sup>1912</sup> BOQUÍN, «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra...» (2009), p. 266.

Alguna doctrina, en cambio, considera aplicables el plazo de dos años de la prescripción de la acción de fondo<sup>1913</sup>. Luego, como la posición de la quiebra respecto a los civilmente responsables es la de tercero, se aplicaría el art. 4037 del CCA<sup>1914</sup>.

El comienzo del plazo de prescripción se rige por los principios del Derecho societario: desde que los hechos se han cometido<sup>1915</sup>; desde la asamblea que trató el asunto, decidiendo el ejercicio de tal responsabilidad<sup>1916</sup>; si la asamblea no trató el punto, desde que se celebró; si la asamblea no se celebró, desde que se debió realizar la primera asamblea ordinaria que debía considerar el ejercicio y la gestión social (art. 234, § 2 LSCA)<sup>1917</sup>; y si la asamblea decide iniciar la acción, pero el órgano societario no la inicia, desde la asamblea y no desde el vencimiento del plazo del art. 277 LSCA (la acción ejercida por el accionista es subrogatoria y no puede mejorar la calidad y el plazo de quien tiene la facultad originaria)<sup>1918</sup>; la acción por el accionista *uti singuli*, cuando se aprobó la gestión y medió oposición del 5 % del capital social o más, desde la conclusión de la

---

<sup>1913</sup> RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO et al., *Ley de concursos y quiebras*, t. 3, (2005), pp. 33 y 34.

<sup>1914</sup> Art. 4037 (sustituido por art. 1° de la Ley 17.711 BO 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968): «*Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.*»

<sup>1915</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario*, t. 4 (1997), p. 409; OTAEGUI, *Administración societaria*, p. 409.

<sup>1916</sup> GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Societaria, tributaria, aduanera, civil, otras responsabilidades específicas*, 5<sup>ta</sup> ed. (2011), p. 660; SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas, El órgano de administración* (1980), p. 550.

<sup>1917</sup> Art. 234, § 2, LSCA: «*Para considerar los puntos 1) y 2) será convocada dentro de los cuatro (4) meses del cierre del ejercicio.*»

<sup>1918</sup> Art. 277 LSCA: «*Si la acción prevista en el primer párrafo del artículo 276 no fuera iniciada dentro del plazo de tres (3) meses, contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.*»

asamblea<sup>1919</sup>; desde que se produjo el daño, y el hecho fue conocido o debió ser conocido por el legitimado, obrando con el debido cuidado, previsión y diligencia<sup>1920</sup>. No rige el art. 174 de la LCA, reservado exclusivamente a la responsabilidad concursal<sup>1921</sup>.

---

<sup>1919</sup> ALEGRÍA, «Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas», *RDPC*, n° 22, pp. 294 y 295.

<sup>1920</sup> FERRER, «Prescripción de la acción de responsabilidad de directores de sociedades anónimas», *RDPC*, n° 22 (2000), pp. 177 y 189.

<sup>1921</sup> Art. 174 LCA: «*Extensión, trámite y prescripción. La responsabilidad prevista en el artículo anterior se extiende a los actos practicados hasta UN (1) año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se declara y determina en proceso que corresponde deducir al síndico. La acción tramitará por las reglas del juicio ordinario, prescribe a los DOS (2) años contados desde la fecha de sentencia de quiebra y la instancia perime a los SEIS (6) meses. A los efectos de la promoción de la acción rige el régimen de autorización previa del Artículo 119 tercer párrafo.*»



### ***Capítulo tercero: Responsabilidad por deudas de la sociedad***

Se denomina responsabilidad por deudas sociales a aquella fundada en el incumplimiento por parte de los administradores de determinados deberes impuestos específicamente por la Ley. Dicho incumplimiento les somete a la obligación de hacerse cargo solidariamente de dichas deudas, siendo irrelevante la falta de culpa de los administradores o el eventual daño producido a los acreedores sociales<sup>1922</sup>.

En la legislación española se encuentra previsto expresamente que los administradores pueden verse compelidos a responder solidariamente por las deudas de la sociedad – el art. 367 de la LSCE prefiere utilizar la expresión «*obligaciones sociales*» - en el caso de incumplir con determinados deberes. Las legislaciones uruguayo y argentino carecen de una norma que establezca con tanta claridad la responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad pero, según se expone en las páginas siguientes, una responsabilidad de este tipo se desprende de algunas disposiciones de las respectivas leyes societarias.

#### **I. Legislación española**

Tal como se adelantó al reseñar el contenido de la función de gobierno institucional, en la legislación societaria española se prevé la posibilidad de poner de cargo de los administradores y liquidadores, el pago de las deudas de la sociedad, en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución o el

---

<sup>1922</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RDS*, n° 19 (2002), pp. 73 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2 (2002), pp. 1437 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, p. 402; VEGA PÉREZ, «Protección de los acreedores en las sociedades de capital frente a los administradores», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 2 (2002), pp. 1643 y ss.

concurso de la sociedad, en las condiciones y circunstancias que se expondrán a continuación (art. 367 LSCE)<sup>1923</sup>.

### *A. Elementos de la responsabilidad*

#### **1. Incumplimiento o conducta ilícita**

El art. 367 de la LSCE establece tres causales de responsabilidad por obligaciones sociales: incumplimiento del deber de convocar a junta general para que adopte el acuerdo de disolución; incumplimiento del deber de solicitar la disolución judicial si la junta no se hubiere constituido o el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución; e incumplimiento del deber de solicitar el concurso de la sociedad, dadas las mismas condiciones que se acaban de referir y si procediere<sup>1924</sup>.

Sin perjuicio de los deberes que acabamos de reseñar, los administradores están sujetos a responsabilidad por omisión respecto al deber de adoptar las medidas pertinentes, en los supuestos de pérdidas significativas que pongan en

---

<sup>1923</sup> En la DT Tercera de la LSA se establecía, también, la responsabilidad solidaria de los administradores y liquidadores, entre sí y con la sociedad, por las deudas sociales, en el caso de que no hubieren adoptado e inscrito las medidas para la adaptación de los estatutos y aumento del capital, que dicha disposición exigía que fueran realizadas antes del 30 de junio de 1992.

En la STS de 12/2/2002, se condenó a un administrador, en cuanto liquidador de hecho, con base en esta disposición.

<sup>1924</sup> Se trata de un supuesto de responsabilidad extremadamente riguroso y que no tiene parangón en el Derecho extranjero, incorporado en el art. 262.5 LSA y, después, en el art. 105.5 LSRL (CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 11).

En la LSC, el art. 164 se limita a establecer que los administradores de la sociedad, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración o al acuerdo de disolución o a la declaración judicial de haberse comprobado alguna de las causales, sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hará responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

peligro el principio de correspondencia entre el capital social y el patrimonio<sup>1925</sup>. Existe pérdida patrimonial grave cuando, por consecuencia de pérdidas, el patrimonio social quede por debajo de la mitad del capital social y esta situación no se remueva<sup>1926</sup>.

***a. Responsabilidad por incumplimiento del deber de convocar a junta general para que resuelva la disolución***

Entre los deberes específicos inherentes a la función de administración de sociedades, se encuentra, cuando así corresponda, el de promover la realización de una junta donde se acuerde la disolución o se remueva la causal de disolución<sup>1927</sup>. Si la junta no se constituye, el acuerdo no se logra o es contrario a la disolución, los administradores deben solicitar la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses contado, según corresponda, desde la fecha prevista para la celebración de la junta o desde el día de la junta<sup>1928</sup>. Si la junta

---

<sup>1925</sup> QUINTANA CARLO, «El estatuto...», p. 541.

<sup>1926</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil...», p. 12.

<sup>1927</sup> Esta disposición refunde los arts. 262 de la LSA y 105 de la LSRL, en la redacción dada por la modificación establecida en las disposiciones finales vigésima y vigesimoprimera de la LCE.

La fuente de estas normas se atribuye al art. 17 de la Segunda Directiva, a pesar de que el texto comunitario sólo imponía el deber de convocar a la junta para disolver o adoptar medidas en caso de pérdidas graves en el capital, sin vincular el incumplimiento con la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales. La responsabilidad dispuesta por estas normas, es similar a la establecida en el art. 2449 del CC italiano, que impone a los administradores una responsabilidad ilimitada y solidaria, por los negocios emprendidos cuando concurre alguna causa de disolución de la sociedad (PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency* [2004], p. 6).

<sup>1928</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1 (2011), p. 493; CERDÁ ALBERO, id. *ibid.*

remueve la causa de disolución, evidentemente, los administradores ya no deberían solicitarla<sup>1929</sup>.

***b. Responsabilidad por incumplimiento del deber de solicitar la disolución judicial si la junta no se hubiere constituido o el acuerdo hubiera sido contrario a disolver***

En la legislación española, la legitimación para solicitar la disolución judicial de la sociedad se extiende a todos los interesados, lo cual comprende a los accionistas y a los acreedores, al menos cuando nos encontremos ante la causa de disolución por pérdidas (art. 366.1 LSCE).

En el caso de los administradores, no sólo sucede que están legitimados, sino que se les impone un deber concreto de promover la disolución, cuyo incumplimiento les acarrea responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSCE). La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar, según los casos, desde el día de la fecha prevista para la celebración de la junta o desde el día de la junta (art. 366.2-II LSCE)<sup>1930</sup>.

Corresponde precisar que la LSCE establece en términos imperativos que «*la sociedad se disolverá*» si concurre alguna de las causas de disolución que enumera, por lo que no estamos ante una mera facultad de promover la disolución de la sociedad en tales supuestos sino ante una deber legal<sup>1931</sup>. Si la causa de disolución no es legal sino estatutaria (art. 362), los administradores no contraen responsabilidad alguna por omisión, puesto que el art. 367 se refiere, exclusivamente, al acaecimiento de una causa *legal* de disolución.

---

<sup>1929</sup> SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades...*, p. 448.

<sup>1930</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «Pérdidas y responsabilidad de los administradores (comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)», *RDM*, nº 205 (1992), pp. 471-486. SAP de Madrid de 13/1/2001 (2001\609).

<sup>1931</sup> SJM 2 de Barcelona, de 26/1/2011 (AC 2011\317).

En lo que tiene que ver con el objeto de esta tesis – y siendo, por lo demás, la causa que genera más litigios<sup>1932</sup> - interesa destacar que la sociedad debe disolverse si tiene pérdidas que dejen reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente (art. 363.1, lit. d, LSCE). Esta causa de disolución opera únicamente cuando la sociedad fuera solvente pues en su insolvencia ha de solicitarse la declaración de concurso (art. 363.1, d, *in fine*, LSCE) que, por sí sola, no es causa de disolución de la sociedad (art. 361.1 LSCE)<sup>1933</sup>.

En realidad, se pretende evitar que las pérdidas se incrementen y deriven en una situación de insolvencia o la agraven. La responsabilidad que se le impone a los administradores es consecuencia de la falta de un presupuesto básico para la continuidad de la sociedad: que ésta disponga de un patrimonio neto mínimo proporcionado al capital social que figura en sus estatutos y en el Registro Mercantil. En las sociedades de capital, el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios, se sostiene en la existencia de un patrimonio neto con el que responder frente a los acreedores. Si la sociedad pierde ese patrimonio de garantía o una parte sustancial del mismo, se quiebra, también, el presupuesto en el que se asienta la responsabilidad limitada de los socios, que se su contrapeso y pilar fundamental sobre el que se constituyó la sociedad. Luego, así como en las sociedades personalistas, la insuficiencia del patrimonio social determina la responsabilidad personal de los socios que la integran, en las sociedades capitalistas, esa misma insuficiencia conlleva la responsabilidad personal de los administradores, pues sobre ellos recae el deber de mantener el equilibrio entre capital y patrimonio o, en última instancia, requerir la disolución de la sociedad o su concurso<sup>1934</sup>.

---

<sup>1932</sup> VIÑUELAS SANZ, *Responsabilidad...*, p. 41.

<sup>1933</sup> VIÑUELAS SANZ, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1934</sup> VIÑUELAS SANZ, *id.*, pp. 54 y 55.

Concretamente, este deber implica que, en el plazo de dos meses desde que se constate la concurrencia de la causa de disolución, los administradores deben convocar la junta para que acuerde la disolución o remueva la causa disolutoria<sup>1935</sup>. Lo que ocurre es que si hay que convocar una junta, bien ordinaria, bien la prevista en el art. 365.1 de la LSCE, los plazos a que alude el art. 5.1 de la LCE se habrán superado con creces<sup>1936</sup>. Consecuentemente, se prevé que si la junta no se constituyó o el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución, el deber del administrador pasa a ser solicitar él mismo la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad<sup>1937</sup>.

En relación con el *dies a quo* para el cómputo de este plazo bimensual, la STS de 30 de octubre de 2000 afirma que tal momento es aquél en que los administradores conozcan o hayan podido conocer (según la diligencia que les es exigible) la concurrencia de la causa de disolución<sup>1938</sup>. Ahora bien, la determinación del conocimiento, real o debido, de la causa de disolución, es un tema fundamentalmente probatorio, cuya dificultad dependerá de cada caso<sup>1939</sup>.

El TS, en una sentencia del año 2000, admite la posibilidad de diferir la convocatoria de la junta, en aquellos casos en que sea preciso formular un balance de situación provisional o una auditoría para que el administrador tenga conocimiento de la realidad de la situación económica societaria; sin embargo, advierte que el retraso de la convocatoria no puede justificarse en el intento de allegar nuevas aportaciones patrimoniales a la sociedad ni en buscar una solución

---

<sup>1935</sup> La posibilidad de que la junta elimine o remueva la causa de disolución, está aludida en el art. 363.I.d de la LSCE, al condicionar la existencia de la causa por pérdidas a que el capital social se aumente o se reduzca en la medida suficiente (VIÑUELAS SANZ, id., p. 49).

<sup>1936</sup> RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «El concurso en la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, enero - 2011 (2011), p. 36.

<sup>1937</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores...», p. 12.

<sup>1938</sup> STS n° 977 de 30/10/2000 (RJ 2000\9909) ponente CORBAL FERNÁNDEZ.

<sup>1939</sup> VIÑUELAS SANZ, op. cit., p. 35.

distinta de la disolución social<sup>1940</sup>. Actualmente, la jurisprudencia dominante<sup>1941</sup>, es favorable a establecer el inicio del cómputo del plazo que tiene el administrador para convocar la junta, a partir del momento en el que conozcan o no puedan ignorar, por razón de la diligencia que les exige su cargo (art. 225 LSCE), la existencia de un grave desequilibrio patrimonial, sin necesidad de esperar a que documentos contables lo pongan de relieve<sup>1942</sup>. Respecto a este punto, en doctrina hay posiciones tanto a favor<sup>1943</sup> como en contra<sup>1944</sup>.

### *c. Responsabilidad por la omisión de solicitar el concurso*

Según se adelantó al analizar las funciones de los administradores sociales, en la LSCE de 2010 se elimina la palabra «podrán» de la redacción original que se refería a esta cuestión, imponiendo expresamente la carga de solicitar, si procediere, el concurso (art. 367 LSCE). En primera instancia, se establece que esta carga se limita a convocar oportunamente a la junta, para que ésta adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ella misma inste el concurso (art. 365.1). Sin embargo, la legitimación de los administradores surge

---

<sup>1940</sup> CERDÁ ALBERO, op. cit., p. 12.

<sup>1941</sup> STSS n° 776 de 20/7/2001 (RJ 2001\6685); de 18/7/2002 (RJ 2002\6256); de 14/12/2004 (RJ 2004\8215); de 9/3/2006 (RJ 2006\5523); de 4/7/2007 (RJ 2007\4957); de 16/7/2007 (RJ 2007\5135).

<sup>1942</sup> VIÑUELAS SANZ, op. cit., p. 35.

<sup>1943</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 261; VEIGA COPO, «La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales», *Derecho de sociedades*, t. 1, dir. LLEBARÍA SAMPER. (2008), p. 385.

<sup>1944</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», *Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, t. 2 (2002), pp. 1462 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2007), pp. 447, 455 y ss.

implícitamente, al establecerse en el art. 367 su responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales, en el caso de que, una vez acaecida una causa legal de disolución, incumplieren con su obligación de convocar oportunamente a la junta o no solicitasen por sí mismos la disolución judicial «o, si procediere, el concurso de la sociedad», cuando la junta no se hubiere constituido o el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución. Por otra parte, se fundamenta la legitimación de los administradores en el art. 3.1 de la LCE, donde se establece que, si el deudor fuera persona jurídica, será competente para «decidir» sobre la solicitud, el «órgano de administración o de liquidación».

A primera vista, existe una cierta contradicción entre el art. 3.1 de la LCE y el art. 365 de la LSCE. En el primero, la *decisión* respecto a si se solicita o no, el concurso, recae sobre el órgano de administración. En el segundo, la solicitud del concurso depende de un acuerdo de la junta.

Se nos ocurren dos maneras de resolver esta contradicción. Una interpretación posible sería la de considerar que la competencia para resolver la presentación de la solicitud del concurso, le corresponde tanto a la junta como al órgano de administración, en forma independiente. Otra interpretación posible partiría de admitir que esta clase de resoluciones excede la gestión ordinaria de la sociedad y, por lo tanto, la competencia es exclusiva de la junta. La referencia a la *decisión* del órgano de administración sería una referencia infeliz a la función de ejecución que este órgano evidentemente debe cumplir, respecto a lo resuelto por la junta en cuanto a la solicitud del concurso de la sociedad.

La solución de la cuestión, en nuestra opinión, debe alcanzarse acudiendo a la normativa general en materia societaria. En este marco, considerando que la solicitud del concurso puede llevar a la disolución de la sociedad, que es una materia reservada a la junta, la solicitud del concurso por el administrador debiera ir precedida, en todo caso, de la convocatoria a la junta. Entendemos que no está dentro del ámbito de competencia del órgano de administración, la resolución respecto a la solicitud o no del concurso de la sociedad que administra.

No obstante, los administradores, a título personal, estarían legitimados para instar la declaración del concurso, en virtud de la habilitación que el art. 2 de la LCE confiere a aquellos «*miembros o integrantes*» de la persona jurídica, que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de sus deudas. Estaríamos, en este caso, claro está, ante una hipótesis de concurso necesario, puesto que no se podría considerar que el concurso fue solicitado por la persona jurídica deudora, pero el administrador habría cumplido con el deber de solicitar el concurso y quedaría a salvo su responsabilidad. Los administradores tienen el deber de solicitar el concurso siempre que exista insolvencia actual y aun cuando el acuerdo de la junta haya sido contrario a tal solicitud<sup>1945</sup> pero la referencia implícita en el art. 367 a dicho deber, en nuestra opinión, tiene que ver con una carga personal del administrador y no con una función del órgano de administración.

## 2. Daño o deuda

La valoración de la relevancia de la existencia de un daño como generador de la obligación de los administradores de atender con su propio patrimonio al pago de las obligaciones sociales, depende de la función que se le atribuya a esta responsabilidad. Algunos autores que atribuyen una función resarcitoria a esta responsabilidad<sup>1946</sup>, consideran que la responsabilidad por deudas sólo puede

---

<sup>1945</sup> PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency* (2004), p. 8.

<sup>1946</sup> En esta segunda posición, CERDÁ ALBERO advierte que no existe responsabilidad sin daño y, en el caso de la omisión en promover la disolución de la sociedad por pérdidas, el daño a los acreedores sería la lesión o amenaza del crédito, derivada de que la sociedad se encuentre (o devenga) imposibilitada de hacer frente a sus obligaciones (CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, pp. 124-131).

hacerse efectiva en caso de insolvencia de la sociedad<sup>1947</sup>. Naturalmente, para quienes atribuyen a esta responsabilidad una función sancionatoria o de garantía, el daño causado queda fuera de los presupuestos que se deben acreditar<sup>1948</sup>.

*a. Función resarcitoria*

CERDÁ ALBERO ha sustentado que la responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad tiene una función resarcitoria, siendo que el daño consiste en el impago de las cantidades que adeuda la sociedad insolvente a los acreedores. Por lo tanto, el supuesto de responsabilidad establecido en el art. 367 de la LSCE debe encuadrarse dentro del sistema general de responsabilidad civil por culpa, con inversión de la carga de la prueba<sup>1949</sup>.

En esta posición, puesto que se atribuye a la imposición de responsabilidad a los administradores por la inobservancia del concreto deber de promover la disolución social, una finalidad señaladamente tuitiva de los acreedores sociales, sólo los titulares de los créditos insatisfechos por la sociedad pueden exigir responsabilidad a los administradores por esta vía. Por ello se señala que este régimen de responsabilidad presenta un marcado carácter preventivo de la insolvencia y se afirma que refuerza la conexión entre el deber de promover la disolución de la sociedad y el de instar su declaración concursal<sup>1950</sup>.

VICENT CHULIÁ, en un primer trabajo sobre el tema sostiene, también, que el supuesto de responsabilidad establecido en el actual art. 367 de la LSCE puede encuadrarse dentro del sistema general de responsabilidad civil por daños. El

---

<sup>1947</sup> CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, p. 136; CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores sociales...», *InDret*, n° 1 (2001), p. 13.

<sup>1948</sup> BATALLER GRAU, «La disolución», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, p. 76.

<sup>1949</sup> CERDÁ ALBERO, *Administradores...*, pp. 15, 121 y ss.

<sup>1950</sup> CERDÁ ALBERO, «Responsabilidad civil de los administradores sociales...», *InDret*, n° 1, p. 13.

daño consistiría en la insolvencia o en el peligro de insolvencia. La particularidad consistiría en la exoneración al acreedor de la carga de la prueba del daño y de la relación de causalidad existente entre el incumplimiento del deber de promover la disolución y el daño sufrido por los acreedores<sup>1951</sup>.

### ***b. Función sancionatoria***

En la posición mayoritaria<sup>1952</sup>, se atribuye a la responsabilidad por el pasivo social una función sancionatoria civil. La sanción civil – según ya se señaló al

---

<sup>1951</sup> VICENT CHULIÁ, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», *DN*, n° 28, enero (1993), p. 7. Esta posición es modificada en el 2002. Vide: VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores...», *DN*, año 13, v. 114, p. 5.

<sup>1952</sup> ALCOVER, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales...», p. 270; BATALLER GRAU, «La disolución», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, p. 75; BELTRÁN SÁNCHEZ, *La disolución de la sociedad anónima*, p. 149; BERCOVITZ, «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores...», *La responsabilidad de los administradores...*, p. 19; BLANQUER, «La disolución, la liquidación...», p. 490; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, p. 492; CALBACHO LOSADA, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad...*, p. 383; ESTEBAN, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...», p. 71; GARCÍA-CRUCES, «La responsabilidad de los administradores...», p. 69; GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad de socios y administradores...*, p. 101; MACHADO, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores...*, p. 309; *El concurso de acreedores culpable...*, p. 251; PRENDES, «La responsabilidad de los administradores...», p. 2045; QUIJANO, «Responsabilidad de los administradores por la no disolución...», p. 273; RODRÍGUEZ ESPARZA, op. cit., p. 158; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *La responsabilidad de los administradores...*; ROJO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución...», p. 1450; SALELLES, «Comentario al régimen de disolución...», p. 1043; SUÁREZ-LLANOS, «La responsabilidad por deudas de los administradores...», *Estudios jurídicos...*, t. 2, p. 2487; URÍA, *Curso de Derecho mercantil*, t. 1, p. 1012; URÍA y BELTRÁN, «Disolución y liquidación...», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. 14, pp. 95 y ss.; VALENZUELA, *La responsabilidad de los administradores en la disolución...*,

analizar la función de la responsabilidad por el déficit - constituye una medida aflictiva patrimonial que pretende satisfacer un interés privado pero realizando, al mismo tiempo, un interés público o general. La satisfacción del interés privado se logra por la protección de los acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución; el interés público o general, se manifiesta en la función preventiva de la insolvencia a la que sirve. Esta doble finalidad, público-privada, la diferencia de la indemnización de daños y perjuicios y, también, de la pena criminal<sup>1953</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, durante largo tiempo se mantuvieron diversas orientaciones, hasta la intervención del TS que, en unificación de la jurisprudencia, respaldó el carácter sancionador de esta responsabilidad por las deudas sociales<sup>1954</sup>. El TS consideró, además, que esa sanción podía acumularse a una eventual responsabilidad por daños, de modo que ante un mismo supuesto podrían aplicarse, simultáneamente, ambos regímenes<sup>1955</sup>.

La atribución de una función punitiva permite desvincular la responsabilidad por deudas de los elementos de la teoría general de la responsabilidad civil por daños (culpa, daño y nexo causal). El acreedor, entonces, se beneficia

---

p. 113; VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores...», p. 5; VIÑUELAS SANZ, «La modificación del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», *RDM*, n° 266 (2007), p. 1013.

<sup>1953</sup> VIÑUELAS SANZ, id., p. 53.

<sup>1954</sup> En este sentido, las SSTs de 7/2/2007 (*RJ* 2007\781), 6/4/2006 (*RJ* 2006\1892), 9/3/2006 (*RJ* 2006\5523), 9/1/2006 (*RJ* 2006\199), de 23/2/2004 (*RJ* 2004\1138), 1/3/2004 (*RJ* 2004\802), 20/10/2003 (*RJ* 2003\7513); 18/7/2002 (*RJ* 2002\6256), 25/4/2002 (*RJ* 2002\4159), n° 749 de 20/7/2001 (*RJ* 2001\6863), 20/12/2000 (*RJ* 2000\10130), 13/4/2000 (*RJ* 2000\1829), 22/12/1999 (*RJ* 1999\9749), 12/11/1999 (*RJ* 1999\9045), 29/4/1999 (*RJ* 1999\8627), 3/4/1998 (*RJ* 1998\1910) y 15/7/1997 (*RJ* 1997\5609). Las audiencias provinciales han seguido este criterio (SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 27/11/2008 ([AC 121]), así como los JJMM (SJM 1 de Alicante, de 13/1/2011 [AC 2011\37]).

<sup>1955</sup> SSTs de 26/5/2006 (*RJ* 2006\3052), de 22/3/2006 (*RJ* 2006\4896, de 9/3/2006 (*RJ* 2006\1072), de 23/2/2004 (*RJ* 2004\1138) y de 18/9/2003 (*RJ* 2003\6075).

doblemente, al exigir el pago de la obligación social (art. 367 LSCE) y la reparación de daños y perjuicios que, en su caso, hayan ocasionado los administradores con su actuación culposa (arts. 236-241 LSCE)<sup>1956</sup>.

### *c. Función de garantía*

Alguna doctrina se ha encargado de advertir que la responsabilidad de los administradores por deudas sociales sólo puede ser una de dos cosas: una deuda de responsabilidad civil, subjetiva u objetiva, pero con exigencia de que exista un daño objetivamente imputable a la conducta del administrador responsable; o una fianza legal, en cuyo caso el administrador asume acumulativamente la deuda social y ha de pagarla porque la asume como fiador legal, no porque haya causado un daño con su omisión o porque esta omisión haya dado lugar al incumplimiento del deudor principal<sup>1957</sup>.

Este tipo de precisiones ha llevado a que incluso algunos de quienes en principio atribuyen a esta responsabilidad una función sancionatoria, maticen su opinión aludiendo a una «*garantía impuesta como sanción*» a los administradores<sup>1958</sup> o bien agregando que se trata «*si se prefiere*» de una «*responsabilidad-garantía legal*»<sup>1959</sup>. Otros autores, con mayor determinación, la cataloga como una fianza *ex lege*, en tanto cumple una función de garantía, de carácter coactivo, además de otras funciones de carácter preconcursal (evitar la

---

<sup>1956</sup> VIÑUELAS SANZ, op. cit., p. 51.

<sup>1957</sup> CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal* (2008), p. 301.

<sup>1958</sup> POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 398.

<sup>1959</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 278.

insolvencia o establecer su remedio) o paraconcursal (medio para la satisfacción de los acreedores)<sup>1960</sup>.

Este matiz doctrinario no es menor, pues habilitaría la aplicación de las normas de Derecho común relativas a la fianza y, en caso de pluralidad de garantes, a la fianza solidaria<sup>1961</sup>.

En sentencias recientes del TS, la posición jurisprudencial parece aproximarse a la doctrina que atribuye una función de garantía a la responsabilidad por obligaciones sociales. En este sentido, se declaró que la naturaleza sancionadora sólo puede admitirse en un sentido impropio<sup>1962</sup>, puesto que, si bien es cierto que la responsabilidad por deudas sociales que se impone al administrador que omite promover la disolución de la sociedad constituye una reacción del ordenamiento ante una conducta considerada antijurídica, que se traduce en una medida aflictiva para su autor, ésta persigue la protección «*de los intereses de los acreedores sociales, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores - solidarios -, ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse - y liquidarse - cuando ello era lo procedente*»<sup>1963</sup>.

Del mismo modo, distanciándose de su jurisprudencia anterior, la STS de 25 marzo de 2008 (Sala de lo Civil, Sec. 1ª) señala, expresamente, que la responsabilidad de los administradores basada en el actual art. 367 de la LSCE ni es reconducible a perspectivas de índole contractual o extracontractual, ni tiene naturaleza de sanción o pena civil. A su entender, la responsabilidad del

---

<sup>1960</sup> CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal* (2008), pp. 298 y ss.; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, pp. 96-98; MARTÍN REYES, «La insolvencia...», p. 861.

<sup>1961</sup> MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, p. 259.

<sup>1962</sup> STS n° 56, de 23/2/2011, ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL.

<sup>1963</sup> STS de 26/9/2007 (RJ 2007\5446).

administrador «*se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un determinado hacer, y cuya inactividad se presume imputable – reprochable –, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer*». Su imposición se justifica en la necesidad de «*proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales, cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios... evitando la perdurabilidad en el tiempo de situaciones de crisis o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general*»<sup>1964</sup>.

Por su parte, la AP de Barcelona, Sec. 15, advierte que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones sociales tiene por función la transferencia del riesgo que previamente pesaba sobre la sociedad deudora y sobre los acreedores, al administrador que omitió la convocatoria a la junta, a pesar de que conocía o debía conocer que la sociedad se encontraba en causa legal de disolución<sup>1965</sup>.

### 3. Nexo causal

#### a. Doctrina

La doctrina entiende innecesario acreditar el nexo causal entre la culpa y el daño. Sin embargo, considera que no puede excluirse la exoneración cuando el incumplimiento pueda achacarse a causas fortuitas o de fuerza mayor, como tampoco la aplicación de los criterios generales de exoneración de los administradores (art. 237 LSCE)<sup>1966</sup>.

---

<sup>1964</sup> STS de 25/3/2008 (RJ 4353).

<sup>1965</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15, de 23/4/2012 (ROJ 2012\ 176693), ponente GARNICA MARTÍN.

<sup>1966</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, p. 275; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la

***b. Jurisprudencia***

En la STS de 30 de octubre de 2000 – consecuentemente con la función sancionatoria que atribuye a esta responsabilidad - se afirma que «*no se requiere nexo causal entre el crédito accionado y la inactividad de los administradores*» y tampoco se exige «*otra negligencia de estos que la que valora o toma en cuenta la propia norma legal*»<sup>1967</sup>.

Profundizando en el sentido señalado por la sentencia que acabamos de reseñar, en el fundamento primero de la STS de 23 de febrero de 2004, se afirmó que la acción de responsabilidad por obligaciones sociales, no requiere ninguna culpa en el administrador ni relación de causalidad alguna con el daño; basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones – dice la sentencia – para que se desencadene el efecto sancionador. En el mismo sentido, en el fundamento quinto de la STS de 1 de marzo de 2004 se insiste en que la responsabilidad por la no convocatoria en dos meses de junta general para la adopción del acuerdo de disolución de la sociedad o la no solicitud de disolución judicial, constituye una responsabilidad objetiva y solidaria, cuya acción se fundamenta en el incumplimiento por los administradores de las obligaciones que les impone la Ley y no requiere producción de daño, ni exige la existencia de perjuicios y tampoco

---

disolución», *Estudios jurí-dicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. 2 [1996], p. 1712; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencia», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*" [1999], pp. 69 y 70; MARTÍN REYES, op. cit., p. 860; MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 377; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RDS*, n° 19 (2002), p. 274; «La responsabilidad societaria», *Not. UE*, n° 270, julio, 2007, p. 115; VIÑUELAS SANZ, op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>1967</sup> STS de 30/10/2000 (RJ 2000\9909)

la relación de causalidad, pues se trata – afirma la sentencia – de un sistema preconcursal contenido en la legislación societaria<sup>1968</sup>.

#### 4. Culpa

##### *a. Doctrina*

La doctrina mayoritaria no le reconoce carácter objetivo a esta responsabilidad. En opinión de esta doctrina, la responsabilidad es por culpa, en cuanto la sanción se liga al incumplimiento de una obligación legal impuesta al administrador, imputable a él y derivada de su actitud negligente<sup>1969</sup>.

Se trataría de una responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba<sup>1970</sup>.

---

<sup>1968</sup> Corresponde advertir que en algunas sentencias se ha moderado el carácter objetivo de esta responsabilidad, incluso exigiendo la acreditación de la culpa: SSTs n° 776 de 20/7/2001 (RJ 2001, 6865), de 28/4/2006 (RJ 2006, 4087), también, de 28/4/2006 (RJ 2006, 4111), de 6/10/2006 (RJ 2006, 6507), de 22/11/2006 (RJ 2007, 35), de 31/1/2007 (RJ 2007, 708), 7/2/2007 (RJ 2007, 781), 8/3/2007 (RJ 2007, 4615), de 23/7/2008 (RJ 2008, 4623) y de 20/11/2008 (RJ 2008, 6059).

<sup>1969</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, p. 275; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. 2 [1996], p. 1712; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencia», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales* [1999], pp. 69 y 70; MARTÍN REYES, op. cit., p. 860; MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 377; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RDS*, n° 19 (2002), p. 274; «La responsabilidad societaria», *Not. UE*, n° 270, julio, 2007, p. 115; VIÑUELAS SANZ, op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>1970</sup> CERDÁ ALBERO, op. cit., p. 15.

***b. Jurisprudencia***

En algunas de sus sentencias, el STS le atribuyó a la responsabilidad en estudio, una naturaleza objetiva o cuasiobjetiva<sup>1971</sup>. La sentencia que marcó el rumbo en el sentido de atribuir naturaleza objetiva a esta responsabilidad, fue la STS de 30 de octubre de 2000, donde se manifiesta que se trata de una «responsabilidad formal por las deudas sociales», y que «esta sencilla interpretación es la más coherente con la génesis y la ratio teleológica del precepto, con su contenido literal y sistemático (como diferente de la responsabilidad por daño) y con la profesionalidad y seriedad respectivamente exigibles a los administradores y a la sociedad»<sup>1972</sup>.

Se considera que, si se aprecia el hecho objetivo del incumplimiento de los deberes ante una causal de disolución obligatoria, el administrador es responsable por las deudas sociales sin necesidad de que se acredite el nexo causal o la imputación a título de culpa. Es suficiente que se acredite la condición de administrador, que la sociedad está incurso en causal de disolución por pérdidas y que el administrador incumplió su obligación de convocar a la junta general en el plazo legal. El administrador no evita su responsabilidad mediante una alegación de diligencia<sup>1973</sup>.

---

<sup>1971</sup> SSTS de 28/4/2006 (RJ, 2006\4111); de 1/3/2004 (RJ 2004\820); de 23/2/2004 (RJ 2004\1138); de 26/5/2003 (RJ 2003\3319); de 14/11/2002 (RJ 2002\9762); de 25/4/2002 (RJ 2002\4159).

<sup>1972</sup> STS de 25/3/2008 (RJ 4353).

<sup>1973</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (Sección 11ª) de 28 de enero de 2002», *RDS*, n° 19 (2002), p. 187; MORALES BARCELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles...*, pp. 370 y 371.

## ***B. La acción de responsabilidad por deudas***

### **1. Legitimación activa**

El art. 367 no contiene referencia alguna a quiénes estarían legitimados para promover la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad. Es posible que una disposición al respecto le pareciera innecesaria al legislador, puesto que, siendo que los únicos con interés para promover esta acción serían aquellos frente a los que la sociedad quedó obligada, a ellos les ha de corresponder la legitimación para incoar la acción de responsabilidad.

### **2. Legitimación pasiva**

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien en el caso de las responsabilidades establecidas en el art. 236 de la LSCE se prevé que éstas alcanzan a los administradores de hecho, no existe la misma previsión en el caso de la responsabilidad prevista en el art. 367 de la LSCE. No obstante, en términos generales, hoy se admite que las responsabilidades atribuibles a los administradores de derecho son extensibles a quienes de hecho se ocupan de la gestión social, sin perjuicio de que los primeros no se pueden exonerar de responsabilidad invocando la existencia de administradores de hecho.

## ***C. Alcance de la responsabilidad por deudas***

### **1. Alcances subjetivo**

#### ***a. Solidaridad***

A pesar de que el art. 367 de la LSCE establece que los administradores «*responderán solidariamente de las obligaciones sociales*»<sup>1974</sup>, cabría la duda respecto al ámbito en que juega esta solidaridad. En general, se considera que la

---

<sup>1974</sup> La solución dispuesta por la reforma ya era mantenida por algunos autores, a saber: BLANQUER UBEROS, «La disolución, la liquidación...», p. 486, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, «La responsabilidad por deudas de los administradores...», pp. 2491 y 2492.

responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales no es subsidiaria, en el sentido de que no está subordinada a la insolvencia de la sociedad<sup>1975</sup>. Sin embargo, existe doctrina minoritaria que considera que los acreedores sólo pueden dirigirse contra los administradores, previa excusión del patrimonio social, atendiendo al carácter excepcional de la solidaridad<sup>1976</sup>.

### ***b. Responsabilidad del administrador de hecho***

El art. 367 de la LSCE sólo menciona, en términos generales, como sujeto pasivo de la responsabilidad en análisis, a los administradores. No obstante, la doctrina española plantea la cuestión de la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho<sup>1977</sup>, a pesar de la posición restrictiva de algunos autores<sup>1978</sup>, basada en que dicha extensión ha sido plasmada legalmente en el seno

---

<sup>1975</sup> STS de 15/7/1997 (RJ 3609). BELTRÁN SÁNCHEZ, *La disolución de la sociedad anónima*, pp. 142-147; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable...*, p. 259; MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales* (1997), pp. 311 y ss.; PRENDES CARRIL, «La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal», *AC*, n° 2, pp. 2045-2048; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, pp. 62-66, VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, pp. 87 y 88; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, p. 903; VICENT CHULIÁ, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», p. 8; VICENT CHULIÁ, «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores...», p. 5.

<sup>1976</sup> CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, p. 136, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, «La responsabilidad por deudas de los administradores...», pp. 2506 y 2507.

<sup>1977</sup> ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 639 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas* (1995), pp. 393 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, op. cit., pp. 399 y ss.; OLIVARES, op. cit., pp. 267 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, pp. 351 y ss.

<sup>1978</sup> GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* (1996), pp. 122 y ss.; VILATA MENADAS, «La responsabilidad de los

del régimen general de los administradores tras la Ley 26/2003 y, actualmente, en el art. 236 de la LSC<sup>1979</sup>.

En la jurisprudencia, la cuestión fue debatida. Las primeras sentencias que abordan el tema datan del año 1995<sup>1980</sup> y hasta el 2006 había sentencias en uno y otro sentido<sup>1981</sup>.

A partir del 2007, la jurisprudencia del TS parece zanjar la cuestión en favor de la extensión de la responsabilidad por deudas sociales a los administradores de hecho. No se desconoce que el administrador de hecho carece de facultades formales para promover la disolución de la sociedad, pero se considera que son varios los medios de que dispone para que se cumpla con el deber legal<sup>1982</sup>. En STS de 20 de febrero de 2007 se sostuvo que esta responsabilidad alcanza no sólo a los administradores de derecho sino, también, a los administradores de hecho<sup>1983</sup> y a ésta le siguen una serie de sentencia en el mismo sentido<sup>1984</sup>.

---

administradores sociales dentro y fuera del concurso», *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma* (2012), p. 949.

<sup>1979</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6444, p. 3.

<sup>1980</sup> SAP de Alicante, de 22/5/1995 (*RDS*, 1996, n° 6, p. 341) y SAP de Zaragoza, de 22/10/1995 (*RDS* cit., p. 330).

<sup>1981</sup> En STS de 28/4/2006 se entendió que no era posible atribuir responsabilidad por obligaciones sociales al administrador de hecho (*RJ* 2006\4087). En el mismo sentido, SAP de Barcelona, Sec., 15, de 10/1/2007.

<sup>1982</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, p. 273; MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo...», pp. 68-72; VI-ÑUELAS SANZ, op. cit., p. 63.

<sup>1983</sup> STS n° 138, de 20/2/2007 (*RJ* 2069): «El Juzgado estimó que al 31 de diciembre de 1994 el patrimonio real de la sociedad, según la prueba pericial, era negativo, por lo que cuando se contrató con la entidad actora en el mes de febrero de 1995 y cuando posteriormente se fueron aceptando las distintas letras de cambio para el pago de facturas, la librada se

## 2. Alcance objetivo de la responsabilidad por deudas sociales: limitación

La responsabilidad que estamos analizando no se dilucida en la reparación de los daños probados – como sucede en la derivada del incumplimiento de los demás deberes del administrador – si-no por las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución<sup>1985</sup>.

### *a. Reforma de la legislación*

En la redacción original de la LSA, el alcance de la responsabilidad de los administradores por deudas o *ex lege*, era una cuestión muy debatida. La cuestión se centraba en determinar si la responsabilidad alcanzaba a las obligaciones posteriores al incumplimiento legal o, también, a las anteriores al mismo. Ésta última era la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia<sup>1986</sup>.

La reforma operada por la Ley 19/2005, de Sociedades Anónimas Europeas dio nueva redacción a los arts. 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL, armonizando ambas normativas y limitando la gravedad de la responsabilidad societaria tan sólo a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, presumiéndose que todas las deudas son posteriores, salvo prueba en contrario. Esta reforma eliminó el debate doctrinario respecto a la extensión de la responsabilidad a las obligaciones sociales anteriores a la verificación de la causa de disolución, facilitando la distinción de esta acción respecto a la de

---

*encontraba en situación de insolvencia definitiva, con la consiguiente responsabilidad de los demandados, uno como administrador formal y otro como administrador de hecho.»*

<sup>1984</sup> SSTS de 25/3/2008 (RJ 2008\4353) y 7/5/2007 (RJ 2007\3405).

<sup>1985</sup> VIÑUELAS SANZ, id., p. 23.

<sup>1986</sup> PRENDES CARRIL, «Recensión al libro "La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas" de Javier Valenzuela Garach», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 628.

responsabilidad individual (que permite reclamar los daños derivados del impago de deudas anteriores no prescritas)<sup>1987</sup>.

***b. Limitación de la responsabilidad a las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución***

La responsabilidad de los administradores por deudas, a partir de dicha reforma, se limita a las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSCE)<sup>1988</sup>.

En los supuestos de cumplimiento tardío de los deberes de convocar, de instar la disolución judicial o el concurso, la responsabilidad se divide en tres segmentos. Un primer segmento está compuesto por las obligaciones anteriores a la causa de disolución, por las que no responde el administrador. Un segundo segmento está compuesto por las obligaciones posteriores a dicha causa, pero anteriores al cumplimiento de aquellos deberes, por las que sin duda responde el administrador. El tercer segmento está constituido por las obligaciones contraídas tras el cumplimiento de los deberes, de las que la doctrina considera que quedan exonerados los administradores<sup>1989</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, la doctrina recuerda que la responsabilidad no se activa necesariamente en todos los casos. Se considera que se debe verificar si

---

<sup>1987</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 25.

<sup>1988</sup> Los arts. 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL hacían responsables a los administradores de «*todas las deudas sociales*», cualquiera fuera el momento de su nacimiento. La Ley 19, de 14 de noviembre de 2005, de Sociedades Anónimas Europeas – mediante sus disposiciones adicionales vigésima y vigesimoprimera – limitó expresamente la responsabilidad de los administradores a «*las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*». Vide: SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. 1, 36 ed. (2013), pp. 815 y 816.

<sup>1989</sup> BATALLER GRAU, «La disolución», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, p. 75.

existió daño por la actuación posterior, ya que, si la situación patrimonial de la sociedad mejora, pese a la omisión en el cumplimiento del deber de promover su disolución, no correspondería responsabilizar al administrador. Luego, aun en caso de disminución patrimonial, entiende la doctrina que habría que valorar si las operaciones posteriores a la aparición de la causa de disolución discurren o no dentro del marco de lo exigido empresarialmente a un administrador de una sociedad en situación crítica (art. 225 LSCE)<sup>1990</sup>.

Se ha considerado que la limitación del alcance objetivo de esta responsabilidad, a las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, contribuye a reforzar su función preventiva. El propósito parece haber sido incentivar a los administradores a la promoción de la disolución de las sociedades en dificultades, en caso de no optar por medidas de saneamiento, o, al menos, a que se abstengan de continuar operando en el tráfico, a pesar de la concurrencia de la causa de disolución<sup>1991</sup>.

### 3. Alcance temporal: prescripción

El plazo de prescripción de la acción es el de cuatro años establecido en el art. 949 CCom español<sup>1992</sup>, puesto que se trata de un plazo de prescripción que vale para cualquier acción de responsabilidad entablada contra los administradores<sup>1993</sup>, independientemente de su respectiva naturaleza<sup>1994</sup>. Así lo ha entendido el TS, después de ciertas vacilaciones, a partir de la STS de 20 de julio de 2001<sup>1995</sup>.

---

<sup>1990</sup> ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores...* (2013), p. 213.

<sup>1991</sup> VIÑUELAS SANZ, id., p. 32.

<sup>1992</sup> SSTS n° 348 de 29/4/1999 (RJ 1999\8697) ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ y n° 3594 de 2/7/1999 (RJ 1999\4900) ponente VILLAGÓMEZ RODIL.

<sup>1993</sup> CERDÁ ALBERO, op. cit., p. 16.

<sup>1994</sup> STS n° 55 de 8/2/2008 (RJ 2008\2664) ponente XIOL RÍOS.

<sup>1995</sup> STS n° 776 de 20/7/2001 (RJ 2001\6865) ponente MARÍN CASTÁN.

*E. Diferencias entre la acción de responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad por déficit*

**1. Diferencia en cuanto a la existencia de una verdadera acción y la legitimación activa para proponer una condena**

En primer lugar, corresponde señalar que, en sentido estricto, no existe una acción para exigir responsabilidad por el déficit concursal. La única acción configurada en la LCE respecto de la responsabilidad personal de los administradores es la cautelar del art. 48 ter<sup>1996</sup>.

No obstante, desde una perspectiva más amplia, se puede observar que, en el caso de la responsabilidad por incumplimiento de deudas de la sociedad, la legitimación activa para promover la respectiva acción la tienen los acreedores posteriores a la concurrencia de la causal de disolución<sup>1997</sup>. Claro que, tras la reforma de la Ley 38/2011, está claro que una vez declarado el concurso, los acreedores se encuentran impedidos de ejercitar esta acción (art. 50.2 LCE).

En el caso de responsabilidad concursal, la administración concursal y el MF están legitimados para proponer una condena a la cobertura del déficit. Ahora, en virtud de la reforma incorporada por la Ley 38/2011, la puerta que se le cierra a los acreedores para promover la acción de responsabilidad por deudas, se les compensa – al menos relativamente – con la atribución de la posibilidad de personarse y ser parte en la sección de calificación, alegando cuanto consideren relevante para la calificación culpable. Entendemos, según hemos ya expresado, que corresponde al derecho de parte el solicitar al juez una sentencia de calificación culpable, proponer cuáles personas debieran quedar afectadas por la calificación o serles atribuida complicidad e, incluso, peticionar un determinado

---

<sup>1996</sup> POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas* (2007), p. 402.

<sup>1997</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, "En torno a la 'naturaleza'...", p. 355.

contenido condenatorio, que podrá incluir, naturalmente, la condena a la cobertura del déficit concursal.

## **2. Diferencia en cuanto a la función y naturaleza jurídica**

En términos generales se admite que la responsabilidad por deudas sociales tiene una función sancionatoria, toda vez que se acredita el incumplimiento de los deberes especialmente previstos en el art. 367 de la LSCE, con independencia de que la sociedad sea o no insolvente y de que exista algún nexo causal entre la conducta del administrador y las obligaciones de la sociedad. Según se expuso en la segunda parte de esta tesis – a la que nos re-mitimos – dista mucho de haberse llegado a un consenso – tanto en doctrina como en jurisprudencia – respecto de la función de la responsabilidad por el déficit concursal y parece claro que carece del automatismo propio de la responsabilidad societaria por deudas. En la responsabilidad concursal, por expresa disposición legal, existe un amplio rango de discrecionalidad judicial respecto al alcance cuantitativo y subjetivo de la condena, que supone un juicio de imputación en el que se encuentra difuminado el elemento de culpabilidad<sup>1998</sup>.

## **3. Diferencia en cuanto a los presupuestos de aplicación**

Para que proceda la acción de responsabilidad por deudas (art. 367 LSCE) es suficiente con que se acredite el incumplimiento legal y la condición de administrador social, sin que desde su cese haya transcurrido el plazo prescriptivo de los cuatro años (art. 949 CCom). La responsabilidad por el déficit concursal precisa de la verificación de los presupuestos procesales y sustanciales que se analizaron en la tercera parte de esta tesis, en particular la calificación culpable del concurso, la apertura de la fase de liquidación y la existencia de déficit

---

<sup>1998</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas...», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6444, p. 3.

concurzal al término de la liquidación, que no están contemplados, obviamente, en el ámbito de la responsabilidad societaria por deudas<sup>1999</sup>.

#### **4. Diferencia en cuanto al *dies a quo* del plazo bimensual**

En el ámbito societario, se genera responsabilidad por deudas si la junta disolutoria no es convocada por los administradores dentro del plazo legal de dos meses a contar del momento en que conocieron o debieron conocer la existencia de una causa legal de disolución. A su vez, en cuanto al deber de instar el concurso, el *dies a quo* se inicia el día de la junta o, si no se hubiera constituido, desde el día previsto para su celebración.

En el ámbito concursal, los administradores tienen, también, un plazo de dos meses para instar el concurso, pero ese plazo corre a partir de su conocimiento real o debido, del estado de insolvencia (art. 5 LC), sin consideración a la junta general. La insolvencia societaria como causa de disolución (art. 363.1 LSCE), no tiene por qué coincidir con la insolvencia concursal (art. 2 LCE), aunque lo más habitual sea que, en la práctica, coincidan<sup>2000</sup>.

#### **5. Diferencia en cuanto al carácter facultativo o necesario de la condena**

Para un sector de la doctrina y jurisprudencia que parece ser mayoritario, la condena por el déficit concursal no es automática ni imperativa. Nos remitimos a lo ya dicho a este respecto en la cuarta parte de esta tesis.

En cambio, hay consenso en cuanto a que la responsabilidad societaria por deudas es de carácter imperativo, de modo que acreditados los presupuestos de la misma, el juez condenará necesariamente<sup>2001</sup>.

---

<sup>1999</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades...», p. 2.

<sup>2000</sup> PRENDES CARRIL, id., p. 5.

<sup>2001</sup> PRENDES CARRIL, id., p. 4.

## 6. Diferencia en cuanto al monto de la condena

Los dos sistemas difieren en la cuantía de la condena o en la posibilidad de su moderación<sup>2002</sup>. En el caso de la responsabilidad prevista en el art. 367 de la LSCE, la condena es al pago de determinadas deudas sociales<sup>2003</sup>. En el caso de la responsabilidad concursal, la condena puede abarcar la cobertura total o parcial del déficit concursal. Esto es, el juez puede moderar la condena, cosa que está impedido de hacer al condenar al pago de las deudas de la sociedad en virtud de una acción fundada en el art. 367 de la LSC<sup>2004</sup>.

Respecto de la cuantía de la condena se observa, también, que mientras la responsabilidad concursal tiene por tope el importe de los créditos fallidos, la responsabilidad societaria por deudas es ilimitada. Alguna doctrina considera, sin embargo, que la responsabilidad societaria debiera estar limitada al importe del capital social<sup>2005</sup>.

## 7. Diferencia en cuanto al alcance subjetivo

La legislación societaria determina la responsabilidad de los administradores, sin establecer ninguna otra especificación añadida, ni limitación temporal alguna, por lo cual se sostiene que esa responsabilidad subsistirá en tanto no haya prescrito por el transcurso del plazo cuatrienal previsto en el art. 949 del CCom. En cambio, la legislación concursal extiende expresamente la responsabilidad por

---

<sup>2002</sup> RODRÍGUEZ ESPARZA considera que cuando se yuxtapongan ambas responsabilidades, el juez del concurso debiera modular la cuantía de las condenas (RODRÍGUEZ ESPARZA, op. cit., p. 158).

<sup>2003</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 354.

<sup>2004</sup> POLO SÁNCHEZ, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, coord. ARROYO MARTÍNEZ (2007), p. 402.

<sup>2005</sup> PRENDES CARRIL, *La sociedad de responsabilidad limitada. Compendio de jurisprudencia comentada*, 2<sup>da</sup> ed. (2008), pp. 1047-1061.

el déficit a los administradores de hecho y limita la responsabilidad por el déficit a los dos años anteriores a la declaración de concurso<sup>2006</sup>.

Para el caso de existir pluralidad de administradores imputados, la legislación societaria le confiere carácter solidario a esta responsabilidad. De modo que los administradores pueden ser responsabilizados por toda la deuda, de modo directo, al mismo nivel de exigibilidad que la propia sociedad deudora<sup>2007</sup>.

En cambio, la responsabilidad concursal es subsidiaria, o de residuo puesto que, por definición, opera únicamente por el déficit, una vez agotado el activo de la sociedad deudora<sup>2008</sup>. Por otra parte, la Ley 38/2011 en el art. 172 bis que agrega a la LCE, incluye un § 3 donde se establece que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer *«por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso»*. Esto ha conducido, naturalmente, a que la doctrina considerase confirmado que la responsabilidad por el déficit es mancomunada<sup>2009</sup>.

No obstante, según ya señalamos al analizar el alcance subjetivo de la responsabilidad por el déficit, existe jurisprudencia actual que - sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 172 bis - considera que la solidaridad es una consecuencia lógica y obligada, tanto por la concurrencia a la causación de un mismo daño al patrimonio social, como por la protección que se ha de procurar a los acreedores del concurso<sup>2010</sup>.

---

<sup>2006</sup> PRENDES CARRIL, «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas...», p. 2.

<sup>2007</sup> PRENDES CARRIL, id., p. 4.

<sup>2008</sup> PRENDES CARRIL, id. ibid.

<sup>2009</sup> TORRUBIA CHALMETA, op. cit., p. 8.

<sup>2010</sup> SAP de Valladolid, Sec. 3, de 10/1/2012 (*JUR* 2012/ 43817).

## II. Legislación uruguaya y argentina

La LSC y la LSCA no contienen una norma general que se refiera a la responsabilidad por obligaciones sociales. Sólo al tratar cada deber en concreto, eventualmente, contiene alguna referencia a la responsabilidad de los administradores por su incumplimiento, de donde se puede deducir o no, que se trata de una responsabilidad por deudas.

### A. Hipótesis de responsabilidad por deudas

La LSC y la LSCA imponen diversos deberes concretos a los administradores. En algunos casos de incumplimiento, se les hace expresamente responsables por las deudas de la sociedad.

#### 1. Responsabilidad por omisión del tipo social

En primer lugar, se incurre en responsabilidad por incumplimiento del deber de incluir el tipo social junto con la denominación de la sociedad. Se impone por la LSC, que los representantes, al celebrar negocios jurídicos, utilicen la denominación con la inclusión del tipo social (arts. 214, 220, 225 y 245 LSC y arts. 126, 136, 142, 147 y 164 LSCA). En el caso de las sociedades colectivas (art. 126 LSCA)<sup>2011</sup>, en comandita (arts. 214 LSC y 136 LSCA)<sup>2012</sup> y de las

---

<sup>2011</sup> Nada se previó en la legislación uruguaya, a este respecto, en cuanto a los administradores de las sociedades colectivas. En cambio, el art. 126 de la LSCA establece lo siguiente: «*La denominación social se integra con las palabras "sociedad colectiva" o su abreviatura.*

*Si actúa bajo una razón social, ésta se formará con el nombre de alguno, algunos o todos los socios. Contendrá las palabras "y compañía" o su abreviatura si en ella no figuren los nombres de todos los socios.*

*Modificación.*

*Cuando se modifique la razón social, se aclarará esta circunstancia en su empleo de tal manera que resulte indubitable la identidad de la sociedad.*

*Sanción.*

*La violación de este artículo hará al firmante responsable solidariamente con la sociedad por las obligaciones así contraídas.»*

sociedades de capital e industria (arts. 220, § 2, LSC y 142 LSCA)<sup>2013</sup>, si no lo hacen, se genera la responsabilidad solidaria de quien suscribió el acto generador de la deuda, «*por las obligaciones así contraídas*» esto es, omitiendo en la denominación la inclusión del tipo social. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas, la legislación uruguaya especifica que la consecuencia de omitir la referencia al tipo social es la responsabilidad solidaria de los socios, administradores, representantes o firmantes, según el conocimiento o participación de cada uno de ellos en el acto realizado (arts. 225 y 245 LSC)<sup>2014</sup>. La legislación argentina, respecto de estos dos

---

<sup>2012</sup> El art. 214, § 2, de la LSC dispone: «*La omisión de la indicación del tipo social hará solidariamente responsable al firmante con la sociedad, por las obligaciones así contraídas.*» El art. 136 de la LSCA establece: «*La administración y representación de la sociedad es ejercida por los socios comanditados o terceros que se designen, y se aplicarán las normas sobre administración de las sociedades colectivas.*

*Sanción.*

*La violación de este artículo y el artículo 134, segundo y tercer párrafos, hará responsables solidariamente al firmante con la sociedad por las obligaciones así contraídas.»*

<sup>2013</sup> El art. 220, § 2, de la LSC dispone: «*La omisión de la indicación del tipo social hará responsable solidariamente al firmante con la sociedad por las obligaciones así contraídas.*»

El art. 142 de la LSCA establece lo siguiente: «*La denominación social se integra con las palabras "sociedad de capital e industria" o su abreviatura.*

*Si actúa bajo una razón social no podrá figurar en ella el nombre del socio industrial.*

*La violación de este artículo hará responsable solidariamente al firmante con la sociedad por las obligaciones así contraídas.»*

<sup>2014</sup> El art. 225 de la LSC establece: «*Las sociedades de responsabilidad limitada se individualizarán por una denominación, en la que podrá incluirse el nombre de uno o más socios con indicación del tipo social.*

*La omisión de esta última referencia hará responsables individual y solidariamente a los socios, administradores, representantes o firmantes, según el conocimiento o participación de cada uno de ellos en el acto realizado.»*

En el art. 245 de la LSC se establece: «*Actuarán bajo una denominación so-cial (art. 12) con*

últimos tipos sociales prevé que la omisión de la sigla identificadora del tipo hace responsables solidariamente a los representantes de la sociedad por los actos que celebren en esas condiciones (arts. 147 y 164 LSCA)<sup>2015</sup>.

## **2. Responsabilidad por ejercicio anticipado del objeto en sociedades en formación**

En segundo lugar, se impone responsabilidad por incumplimiento del deber de no realizar actos que supongan el cumplimiento anticipado del objeto en las sociedades en formación. En el art. 20 de la LSC<sup>2016</sup>, se establece que, una vez suscrito el contrato social, la sociedad sólo podrá realizar los actos necesarios

---

*indicación del tipo societario. La omisión de esa indicación hará responsables individual y solidariamente a los administradores, representantes o firmantes, según el conocimiento o participación de cada uno de ellos en el acto realizado.»*

<sup>2015</sup> El art. 147 de la LSCA dispone: «La denominación social puede incluir el nombre de uno o más socios y debe contener la indicación "sociedad de responsabilidad limitada", su abreviatura o la sigla S.R.L.

*Omisión: sanción.*

*Su omisión hará responsable ilimitada y solidariamente al gerente por los actos que celebre en esas condiciones.»*

El art. 164 de la LSCA dispone: «La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión "sociedad anónima", su abreviatura a la sigla S.A.

*Omisión: sanción.*

*La omisión de esta mención hará responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con ésta, por los actos que celebren en esas condiciones.»*

<sup>2016</sup> El art. 20 establece: «(Actos permitidos). Suscrito el contrato social, la sociedad sólo podrá realizar los actos necesarios para su regular constitución, incluyendo la adquisición de los bienes aportados.

*No obstante, la realización de actos que supongan el cumplimiento anticipado del objeto social comprometerá a la sociedad, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el artículo siguiente.»*

para su regular constitución, incluyendo la adquisición de los bienes aportados. No consta una norma similar en la legislación argentina.

En la legislación uruguaya, si los administradores o los socios, desconocen esta limitación legal y realizan actos que supongan el cumplimiento anticipado del objeto social – sin perjuicio de comprometer a la sociedad – contraen una responsabilidad solidaria, por las operaciones en que hayan intervenido (art. 21)<sup>2017</sup>. Si la sociedad no culmina su trámite de formación y se vuelve irregular, la LSC impone una responsabilidad solidaria a los administradores, «*por las operaciones en que hayan intervenido*» pero sin especificar si esta responsabilidad es por las obligaciones sociales o por el daño causado<sup>2018</sup>. En nuestra opinión, esta responsabilidad cumple, también, una función de garantía frente a los terceros que contratan con la sociedad y que, por lo tanto, los administradores deben responder por las deudas de la sociedad.

### **3. Responsabilidad en caso de nulidad por objeto o causa ilícitos**

El art. 28 de la LSC<sup>2019</sup> prevé que, en caso de nulidad insubsanable por objeto o causa ilícitos, los fundadores, socios y «*quienes actúen como tales en la gestión*

---

<sup>2017</sup> En el art. 21 se establece lo siguiente: «(*Responsabilidad de los socios, los administradores y los representantes*). Los socios, los administradores y los representantes serán solidariamente responsables por los actos y contratos celebrados a nombre de la sociedad en formación, sin poder invocar el beneficio de excusión del artículo 76 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.»

<sup>2018</sup> El art. 39 de la LSC dispone: «(*Responsabilidad*). Sin perjuicio de la responsabilidad de la sociedad, los socios serán responsables solidariamente por las obligaciones sociales sin poder invocar el beneficio de excusión (art. 76) ni las limitaciones que se funden en el contrato social. Igual responsabilidad tendrán los administradores por las operaciones en que hayan intervenido.

*Los terceros podrán accionar, indistinta o conjuntamente, contra la sociedad, los socios y los administradores.»*

<sup>2019</sup> Art. 28 LSC: «(*Efectos de la nulidad respecto de fundadores, socios, etcétera*). En los casos de nulidades no subsanables, la declaración de nulidad de la sociedad implicará que

*social*» responden solidariamente no sólo por los perjuicios causados, sino también por el pasivo social. El art. 18 de la LSCA<sup>2020</sup> contiene una norma similar en su § 3, aunque sólo para el caso en que la nulidad sea la consecuencia del objeto ilícito de la sociedad.

Esta causal de responsabilidad por obligaciones sociales es de particular importancia para nuestro estudio, porque se encuentra aquí la única referencia a los administradores de hecho, en toda la societarias uruguayas y argentinas.

#### **4. Responsabilidad en caso de disolución**

En el régimen establecido por la legislación argentina y uruguaya, no se previó expresamente como un deber de los administradores, el convocar a asamblea para que ésta resuelva la disolución, cuando se verifique alguna de las causales correspondientes ni, tampoco, se le otorgó legitimación para solicitar la declaración judicial de disolución. No obstante, al menos en la legislación uruguaya se le confiere legitimación a los «*terceros interesados*», lo cual

---

*los fundadores, socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.»*

<sup>2020</sup> Art. 18 LSCA: «*Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aún para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas.*

*Liquidación.*

*Declarada la nulidad, se procederá la liquidación por quien designe el juez. Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva.*

*Responsabilidad de los administradores y socios.*

*Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.»*

entendemos que comprende a los acreedores, especialmente cuando nos encontremos ante la causa de disolución por pérdidas (art. 162, § 1, LSC)<sup>2021</sup>.

De cualquier modo, si una sociedad continúa contrayendo obligaciones, a pesar de estar infracapitalizada, en virtud de lo dispuesto en los arts. 83 y 391 de la LSC o en los arts. 59 y 274 de la LSCA<sup>2022</sup>, los administradores se convierten, naturalmente, en responsables por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, a los terceros, de la violación de la Ley, por mal desempeño del cargo y por aquellos producidos por dolo o culpa grave. La responsabilidad que se le impone a los administradores es consecuencia de la falta de un presupuesto básico para la continuidad de la sociedad: que ésta disponga de un patrimonio neto mínimo. Claro que esta responsabilidad, a falta de una norma expresa que disponga lo contrario, es por daño, no por las deudas de la sociedad.

En cambio, por otra parte, se le impone a los administradores, en los arts. 164 de la LSC y 99 de la LSCA<sup>2023</sup>, el deber de limitar su actuación a la atención

---

<sup>2021</sup> En el art. 162 de la LSC se dispone: «(Declaración judicial). Producida alguna de las causas de disolución y si los socios, de común acuerdo, no procedieran a hacerla efectiva, cualquiera de ellos o los terceros interesados, podrán solicitar la declaración judicial de disolución.»

<sup>2022</sup> Art. 274, § 1, LSCA: «Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.»*

<sup>2023</sup> Dispone el art. 164 de la LSC: «(Administradores. Facultades, deberes y responsabilidad). Los administradores de la sociedad, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración o al acuerdo de disolución o a la declaración judicial de haberse comprobado alguna de las

de los «*asuntos urgentes*» y las medidas necesarias para iniciar la liquidación, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración – única hipótesis de disolución *ipso iure* en la LSC – al acuerdo de disolución o a la declaración judicial de disolución. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios.

En las disposiciones que acabamos de referir tampoco se establece, expresamente, que los administradores puedan llegar a ser responsables por las deudas sociales. No obstante, corresponde advertir que, al finalizar en la norma uruguaya aparece una referencia entre paréntesis – que no figura en la norma argentina - al art. 39 de la misma LSC y, en ese artículo, se prevé la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales, por las operaciones en que hayan intervenido<sup>2024</sup>.

## 5. Responsabilidad en caso de insolvencia

Por último, puede existir responsabilidad en caso de insolvencia. La existencia de pérdidas ha sido prevista, especialmente, como una causal de disolución tanto en la legislación uruguaya como argentina (arts. 159, n° 6, LSC y

---

*causales, sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.*

*Cualquier operación ajena a esos fines los hará responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos (art. 39).»*

Art. 99 LSCA: «*Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.*

*Responsabilidad.*

*Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.»*

<sup>2024</sup> Esta responsabilidad tiene su fuente en el derogado art. 2449.1 del CC italiano. La reforma de dicho código por Decreto legislativo n° 6/2003 lo sustituyó por una norma que establece la responsabilidad por daño.

94, n° 5, LSCA<sup>2025</sup>) y sería razonable que, una vez advertida por el administrador esta circunstancia, convocase a asamblea para que los socios - de común acuerdo o mayoría absoluta de votos de accionistas presentes en una asamblea extraordinaria (arts. 343, n° 6, y 356, § 1, LSC y 244 LSCA)<sup>2026</sup> - hagan efectiva la disolución o, bien, quede expedita la vía judicial para que puedan solicitar la disolución los socios o los terceros interesados. Sin embargo, si en un caso como éste, el administrador no convocase, solo podría imputársele responsabilidad, eventualmente, en virtud de las disposiciones generales (arts. 83 y 391 LSC y 59 y 274 LSCA), por el mal desempeño de su cargo, si le fuera atribuible la causación de algún daño. Ninguna disposición de la legislación uruguaya o

---

<sup>2025</sup> Art. 159, n° 6, LSC: «Las sociedades se disolverán: (...) 6) Por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.»

Art. 94, n° 5, LSCA: «La sociedad se disuelve: (...) 5) Por pérdida del capital social.»

<sup>2026</sup> Art. 343, n° 6, LSC: «(Competencia de la asamblea extraordinaria). Corresponderá a la asamblea extraordinaria, resolver sobre todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria y en especial, sin admitirse pacto en contrario: (...) 6) Disolución de la sociedad, designación, remoción y retribución del o de los liquidadores y los demás previstos en el artículo 179.»

Art. 356, § 1, LSC: «(Mayoría). Las resoluciones de las asambleas serán adoptadas por mayoría absoluta de votos de accionistas presentes, salvo que la ley o el contrato exijan mayor número.»

Art. 244 LSCA: «La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento (60 %) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.»

*Segunda convocatoria.*

*En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30 %) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.*

*Mayoría.*

*Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.»*

argentina, les impone a los administradores el deber de solicitar el concurso en caso de insolvencia de la sociedad. Este deber sólo les ha sido impuesto a cada uno de los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno, por el art. 10 de la LC<sup>2027</sup>.

Para que el cumplimiento de este deber no colida con el deber de lealtad que el art. 83 de la LSC le impone a todos los administradores y representantes de sociedades, entendemos que, una vez constatada la insolvencia, deben promover el acuerdo de socios (en las sociedades personales o sociedades de responsabilidad limitada con menos de veinte socios) o la convocatoria de una asamblea extraordinaria (en el caso de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada con veinte o más socios), para que la sociedad tenga la oportunidad de adoptar la resolución de solicitar el concurso y, de esa manera, se le dé el trámite de un concurso voluntario<sup>2028</sup>, con las consecuentes ventajas para la sociedad (arts. 45, n° 2, LC<sup>2029</sup>) y para los propios administradores puesto

---

<sup>2027</sup> El art. 10 de la LC establece: «(Obligación de solicitar el concurso). El deudor tendrá la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En el caso de las personas jurídicas, la obligación recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

*En el caso de las personas físicas o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, se presume absolutamente que dicho conocimiento se produjo en la fecha en que preparó o debió haber preparado estados contables.»*

<sup>2028</sup> El art. 11 de la LC dispone: «(Clases de concurso). El concurso será voluntario cuando sea solicitado por el propio deudor, a condición de que no exista una solicitud de concurso previa, promovida por alguno de los restantes legitimados legalmente. El concurso será necesario en los restantes casos.»

<sup>2029</sup> El art. 45, n° 2, de la LC establece: «(Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso). La declaración judicial de concurso producirá los siguientes efectos en la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso:

que, eventualmente, no se llegaría a formar el incidente de calificación (art. 196 LC). Si la asamblea no sesiona oportunamente o no resuelve solicitar el concurso, los administradores deben solicitar el concurso, no ya en representación de una sociedad que no ha podido o querido adoptar la resolución pertinente, sino a título personal, en atención al deber que les impone el art. 10 de la LC y en virtud de la legitimación que les confiere el n° 3 del art. 6 de la LC<sup>2030</sup>. En ese caso, claro está, el concurso será declarado necesario, pues no se podrá considerar solicitado por la sociedad deudora.

---

*1. Si el concurso fuera necesario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, sustituyéndolo en la administración y disposición de sus bienes por un síndico.*

*2. Si el concurso fuera voluntario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, con el alcance dispuesto en el numeral 1, solamente cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa y se designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo.»*

<sup>2030</sup> El art. 6 de la LC dispone: «(Legitimación para solicitar la declaración de concurso). Pueden solicitar la declaración judicial de concurso:

*1. El propio deudor. En el caso de personas jurídicas, la solicitud deberá ser realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud.*

*2. Cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido.*

*3. Cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, aun cuando carezcan de facultades de representación, y los integrantes del órgano de control interno.*

*4. Los socios personalmente responsables de las deudas de las sociedades civiles y comerciales.*

*5. Los codeudores, fiadores o avalistas del deudor.*

*6. Las Bolsas de Valores y las Instituciones Gremiales de empresarios con personería jurídica.*

*7. En el caso de la herencia, podrá además pedirlo cualquier heredero, legatario o albacea.»*

La omisión en el cumplimiento del deber de solicitar oportunamente el concurso, que impone el art. 10 de la LC a los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control, interno, configura una presunción relativa de culpa grave (art. 194, n° 1, LC<sup>2031</sup>) que, eventualmente, llevará a su inhabilitación para administrar los bienes propios o ajenos por un período de cinco a veinte años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, así como a su condena a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (art. 201 LC).

### ***B. Responsabilidad de administradores de hecho por deudas de la sociedad***

Según se mencionó al referirnos a la recepción del concepto de administrador de hecho en la legislación societaria uruguaya y argentina, no aparece ninguna referencia explícita al administrador de hecho, salvo la prevista en los arts. 28 de la LSC y 18 de la LSCA que establece indudablemente su responsabilidad por las deudas de la sociedad (pasivo social), además de por los daños causados.

Las normas referidas, al establecer los efectos de las nulidades producidas por objeto o causa ilícitos, prevén que de la declaración de nulidad se derive, además de la responsabilidad solidaria de los fundadores, socios y administradores, la responsabilidad de «*quienes actúen como tales en la gestión social*» por el «*pasivo social y los perjuicios causados*».

Fuera de este caso, al no disponer de un texto expreso que habilite la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho, la jurisprudencia uruguaya y argentina han sido renuentes a actuar en este sentido según, también, se señaló en la primera parte de esta tesis.

---

<sup>2031</sup> El art. 194, n° 1, de la LC establece: «*(Presunciones relativas de culpabilidad). Se presume la existencia de culpa grave del deudor, salvo prueba en contrario, en los siguientes casos:*

*1. Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración judicial de concurso.»*

### *Capítulo tercero: Concurrencia de acciones societarias con la responsabilidad concursal por el déficit*

La legislación societaria sujeta a los administradores sociales, según se analizó en las páginas precedentes, a dos supuestos básicos de responsabilidad: la responsabilidad por daño a la sociedad, socios y acreedores y la responsabilidad por obligaciones sociales. Estos dos supuestos pueden constituir el fundamento de pretensiones concurrentes en forma simultánea, alternativa o subsidiaria, según los casos, para cuya coordinación se debe atender a su diversa naturaleza, sus diversos presupuestos y su diversa finalidad<sup>2032</sup>.

A la problemática planteada por la coordinación de las pretensiones referidas se le adiciona la propia de la coordinación con la posibilidad de que eventual responsabilidad de los administradores de una sociedad concursada por la causación o agravación de la insolvencia, prevista en la legislación concursal<sup>2033</sup>. Esto es, la incorporación de otras responsabilidades en la legislación concursal, que recaen, también, sobre los administradores sociales, ha provocado serias dificultades de coordinación. Sucede que, una vez abierto el proceso concursal, dándose coincidentemente los presupuestos propios de responsabilidad societaria y de responsabilidad concursal, se podría llegar a condenas separadas y simultáneas, unas a instancia de determinados acreedores y otra en sede concursal en aras de la salvaguarda de los intereses de la generalidad de los acreedores

---

<sup>2032</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad...» p. 349; MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones...», pp. 177-204; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10 (2009), p. 21 y 22. SJM n° 1 de Oviedo, de 5/9/2007 (*ADCo*, n° 14, 2008, p. 572); AJM n° 1 de Oviedo, de 24/10/2007 (*ADCo*, n° 14, 2008, p. 536); SJM n1 de Oviedo, de 2/6/2007 (*AC* 2008\411; *ADCo*, n° 14, 2008, p. 593).

<sup>2033</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», *ADCo*, n° 28, p. 31.

concursoales<sup>2034</sup>. Esta superposición de regímenes lleva a que los acreedores se planteen estrategias diversas, según se verá.

## I. Concurrencia en la legislación española

Consciente de las dificultades de coordinación que ocasionaría, la LCE incluyó una disposición adicional (tercera), según la cual el Gobierno debería remitir al Congreso de los Diputados, un proyecto de ley modificativo de las leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, a fin de adecuarlas a lo que en ella se dispuso. La modificación se realizó pero no en el sentido previsto por la disposición adicional tercera sino para limitar la responsabilidad, en el caso de omisión ante la concurrencia de una causa de disolución, a las obligaciones sociales «*posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*»<sup>2035</sup>. Entonces, debió ser la reforma de la LCE llevada a cabo con ocasión de la Ley 38/2011, la que se encargara de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante la tramitación del concurso<sup>2036</sup>.

### A. Responsabilidad concursal por daño y responsabilidad por déficit

Ya en la redacción anterior de la LCE, la doctrina consideraba que la responsabilidad concursal por daño era independiente de la responsabilidad concursal por el déficit concursal y que existía plena compatibilidad entre ambas

---

<sup>2034</sup> MOYA JIMÉNEZ, op. cit., p. 71.

<sup>2035</sup> Ley 19/2005.

<sup>2036</sup> Así lo manifiesta la propia Ley 38/2011 en su Preámbulo. Sobre esta reforma vide: BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores*, pp. 227-280 (2008); GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 51; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 21; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2 (2002), pp. 1437-1484.

responsabilidades, sin perjuicio de la coordinación que debería realizar el juez del concurso. Se entendía que la función resarcitoria de la responsabilidad prevista en el art. 172.2-3° - hoy sustituido por el art. 172.3 - la distinguía de la responsabilidad por el déficit concursal, por su función pu-nitiva o de garantía. Desde la perspectiva de quienes consideran que la responsabilidad por el déficit tiene, también, una función resarcitoria, la compatibilidad entre ambas responsabilidades se desdibujaba<sup>2037</sup>.

Luego, se observaba que una condena por daños y perjuicios podría ser tanto superior como inferior, a una condena por el déficit concursal. Así, por ejemplo, podría haber una condena a pagar la totalidad del déficit concursal y, acumulativamente, una condena que cubriera daños y perjuicios que excediesen el déficit concursal. Podía, también, interpretarse que los daños y perjuicios a que se refería el antiguo art. 172.2-3° eran los que pudiesen haber causado los administradores en relación con los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa. Esto es, el art. 172.2-3° mandaría condenar no sólo a devolver esos bienes o derechos sino, además, a indemnizar los daños y perjuicios causados por la obtención o recepción indebida de ellos.

La redacción del art. 172.2-3° incorporada por la Ley 38/2011 - acaba con cualquier duda que pudiera quedar respecto a la compatibilidad de ambas responsabilidades, al limitar la responsabilidad por daño a los cómplices. Adviértase que en el art. 172 bis sólo se prevé que la sentencia condene a los administradores, liquidadores o apoderados generales, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, así como a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Los cómplices no se encuentran comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del art. 172 bis.

---

<sup>2037</sup> MARTÍN REYES, «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, p. 874.

## ***B. La acción social de responsabilidad contra administradores de sociedades concursadas***

La administración concursal, a través de la acción social de responsabilidad, puede reclamar la indemnización de los daños causados a la persona jurídica concursada en los casos en que la condena al pago del déficit no pueda tener lugar o en que los daños excedan el importe del déficit concursal<sup>2038</sup>.

El art. 50.2 de la LCE establece que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración de concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. No hace referencia a las acciones de responsabilidad indemnizatorias, lo que posibilita su interposición, incluso con posterioridad a la declaración de concurso, siendo competencia del juez del concurso según el art. 8.7º de la LCE<sup>2039</sup>.

### **1. Sobre la posibilidad de solapamiento entre la acción social de responsabilidad y la responsabilidad por el déficit concursal**

El solapamiento entre la acción social de responsabilidad y la responsabilidad por el déficit concursal podría eventualmente ocurrir, en la medida que un mismo hecho – la generación o agravamiento de la insolvencia por el incumplimiento doloso o con culpa grave del deber de diligencia – permiten tanto el ejercicio de una, como la condena por la otra. Puesto que todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integran en la masa del concurso (art. 172 bis § 3), el activo societario resultaría

---

<sup>2038</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales...», *Estudios de Derecho Mercantil*, p. 1568.

<sup>2039</sup> PRENDES CARRIL et al., op. cit., p. 10.

doblemente resarcido y los administradores doblemente condenados por un mismo hecho<sup>2040</sup>.

A pesar de que compartimos la opinión de que este solapamiento es solo aparente, debido a la diferente función de ambas responsabilidades – exclusivamente indemnizatoria la acción social y, también, sancionadora la responsabilidad por el déficit<sup>2041</sup> – es evidente que la cuestión merece un tratamiento legislativo especial y que la promoción de una acción social de responsabilidad contra los administradores sociales ha de ser seguida muy de cerca por el administrador concursal, puesto que una condena fundada en esta responsabilidad deberá de ser tenida en cuenta en la sección de calificación<sup>2042</sup>.

## 2. Antecedentes y reforma

En el art. 48.2 de la LCE atribuía legitimación a la administración concursal para promover la acción social de responsabilidad, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. Sin perjuicio de ellos, se mantenía la legitimación subsidiaria que atribuye la legislación societaria a socios y acreedores y consiguientemente que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Por otra parte, el art. 48.2, a la legitimación. Asimismo, establecía que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones de responsabilidad promovidas contra administradores, auditores o liquidadores, fundadas en las leyes de sociedades.

---

<sup>2040</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores...» (2002), pp. 44 y 45; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., p. 719.

<sup>2041</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 45.

<sup>2042</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la 'naturaleza' de la responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 13 (2008), p. 351.

En la reforma incorporada por la Ley 38/2011, se establecieron dos modificaciones al régimen original<sup>2043</sup>. En primer lugar, se estableció que, una vez declarado el concurso, la legitimación para promover «*las acciones de responsabilidad*» contra los administradores, liquidadores o auditores, corresponderá «*exclusivamente*» a la administración concursal (art. 48 *quater*). En segundo lugar, por excepción, se dispuso que acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y auditores de la persona jurídica concursada (art. 51.1, § 2).

***a. Legitimación exclusiva de la administración concursal para promover la acción social***

La legitimación de la administración concursal para promover la acción social, ya existía en el régimen español derogado<sup>2044</sup>. La reforma introducida por la Ley 38/2011 – volviendo en esto a la solución que aparecía en la PALC en su art. 57 - le dio carácter exclusivo a esta legitimación, privando a socios y acreedores de la legitimación subsidiaria que se reconocía en la norma derogada (concordantemente con la legislación societaria).

Parte de la doctrina destaca el acierto de esta modificación, en beneficio de la unidad de objetivo<sup>2045</sup>. Sin embargo, también, ha motivado un enérgico rechazo de alguna doctrina, en el entendido de que el resultado condenatorio de la acción social de responsabilidad, en principio, no debiera generar ningún problema de compatibilidad con la condena por el déficit concursal, en la medida que, aun

---

<sup>2043</sup> Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, § VIII, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie A, 1º de abril de 2011, nº 119-1.

<sup>2044</sup> MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *RDM*, nº 250 (2003), pp. 1344 y 1345.

<sup>2045</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley...», p. 65.

cuando fuere promovida por un acreedor, la primera tiene por objeto la reparación del perjuicio total sufrido por el patrimonio social<sup>2046</sup>. Ese resultado, sin duda favorable al interés de todos los acreedores e inclusive de la propia concursada, se ha de alcanzar, siempre y necesariamente, con independencia de quién sea el legitimado que acudió al ejercicio de la acción<sup>2047</sup>.

En cuanto a que legitimar subsidiariamente a socios y acreedores para promover la acción social de responsabilidad pudiera derivar en una doble condenación a los administradores sociales por un mismo hecho, la doctrina señala que eso sólo puede ser visto de ese modo por quienes limitan la responsabilidad por el déficit a una función sancionadora. Sí, como actualmente entiende el TS y compartimos, se le reconoce a la responsabilidad por el déficit una función también sancionatoria, debe admitirse la doble condena<sup>2048</sup>.

Por otra parte, se ha destacado que, pese a la coincidencia en alguno de sus presupuestos, el éxito en el ejercicio de las dos acciones no puede suponer nunca una doble condena por los mismos hechos. La causación o el agravamiento del estado de insolvencia vendrían a constituir el daño que se pretende reparar mediante la acción social. En cambio, respecto de la responsabilidad por el déficit, la generación o agravamiento de la insolvencia es sólo un presupuesto de la calificación culpable del concurso, con independencia de su significación como daño a la sociedad. Esa calificación, a su vez, es una de las condiciones que habilitan al juez a sancionar a los administradores, sin que se exija la

---

<sup>2046</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, «Comentario artículo 238», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, v. 2, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2011), p. 1709.

<sup>2047</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 35; MORALEJO IMBERNÓN, «Las reformas en materia de calificación del concurso», *La reforma concursal, III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, dir. BELTRÁN SÁNCHEZ, GARCÍA-CRUCES y PRENDES CARRIL (2011), p. 622.

<sup>2048</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 45.

comprobación de que ha existido un nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia, al menos en la interpretación en que viene fundando sus fallos el TS en su jurisprudencia reciente<sup>2049</sup>.

***b. Fuero de atracción***

En el régimen derogado, correspondía al juez concursal el conocimiento de ambas responsabilidades, pero las acciones iniciadas con anterioridad al concurso, no resultaban afectadas por éste y seguían su tramitación al margen del procedimiento concursal. En el régimen actual, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada, son atraídos por el fuero de atracción concursal, con la condición de que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Los juicios acumulados continúan su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1).

Con esto, dice la doctrina, se obvia la posibilidad del ejercicio de la acción social al margen del procedimiento concursal y, aunque de prosperar esta acción sólo se beneficia al patrimonio con-cursal, no está de más que se someta su efectividad al conocimiento y competencia del juez del procedimiento concursal en trámite. En este sentido, la reforma parece ser unánimemente aplaudida<sup>2050</sup>.

---

<sup>2049</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 46.

<sup>2050</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 64; MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones...», p. 203; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley...», p. 65.

### 3. Valoración de la reforma

#### *a. Crítica*

Alguna doctrina considera que privar al acreedor del ejercicio de una acción frente al administrador o liquidador por las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSCE), por el hecho de que se ha declarado el concurso, parece una solución desacertada. Se admite que existe el riesgo de que como consecuencia de la acción individual no pudiera llegar a hacerse realidad la posible responsabilidad por el déficit concursal, por la insuficiencia patrimonial del administrador para hacerse cargo de ambas condenas.

Sin embargo, se entiende que la posibilidad de que ese riesgo se concrete depende de demasiados futuribles como para justificar un retaceo tan radical del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española): que se abra la etapa de liquidación, que el concurso sea declarado culpable, que el administrador o liquidador sea declarado «*persona afectada por la calificación*», que exista déficit, que el administrador sea condenado a cubrirlo y que, además, devenga insolvente. Resulta, entonces, desproporcionado privar al acreedor del ejercicio de una acción frente a un tercero afectando un derecho fundamental que le asiste, como es el de la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española)<sup>2051</sup>.

#### *b. Subsistencia de los problemas derivados la concurrencia de estas acciones*

A pesar de la reforma, parece claro que, si se admite que existían antes problemas de compatibilidad por la posibilidad de que se pronuncie una doble

---

<sup>2051</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 63; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (2013), p. 355.

condena por los mismos hechos contra los administradores, esta posibilidad no ha desaparecido.

Nada ha cambiado en cuanto a que los mismos hechos – generación o agravamiento de la insolvencia por acciones y omisiones dolosas o con culpa grave – permiten tanto que se promueva la acción social de responsabilidad (actual art. 238 LSCE, que sustituye a los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL) como que se responsabilice a los administradores por el déficit concursal. Que el único legitimado para promover ambas acciones sea la administración concursal, no incide sobre la cuestión<sup>2052</sup>.

Luego, se mantiene la confusión entre las dos responsabilidades, en tanto la acción social está dirigida a la recomposición del patrimonio social y, de lograrla, no existirá el déficit patrimonial, que es condición de la responsabilidad concursal<sup>2053</sup>. Supongamos que la acción social hubiese sido ejercida con éxito. En ese caso, el administrador habría contribuido a la recomposición del patrimonio societario, por vía indemnizatoria, del cual se cobrarían, en definitiva, los acreedores<sup>2054</sup>. No podría el juez, entonces, condenar al administrador a responder por los pasivos sociales impagos, que ya habrían sido satisfechos<sup>2055</sup>. Adviértase que una de las condiciones para que proceda la condena a los administradores a la cobertura del déficit es la existencia de un déficit concursal<sup>2056</sup>.

---

<sup>2052</sup> MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, «Repercusiones del concurso...», *RDM* (2003), n° 250, pp. 1344 y 1345.

<sup>2053</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores...» (2002), p. 290; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 273.

<sup>2054</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, id., p. 285.

<sup>2055</sup> ALONSO UREBA, op. cit., p. 290. LATORRE CHINER cuestiona este mismo punto, al sostener que la solución depende de la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza sancionatoria o resarcitoria de la responsabilidad concursal del administrador (LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 158).

<sup>2056</sup> QUINTANA CARLO, «El estatuto...», p. 542.

La imposibilidad de una doble condena por los mismos hechos<sup>2057</sup>, llevaría a concluir que estas responsabilidades continúan siendo incompatibles. Lo correcto, según alguna doctrina, hubiera sido excluir la acción social, toda vez que – en su opinión – la responsabilidad concursal satisface suficientemente los intereses en juego (siempre y cuando, además, la responsabilidad concursal se extendiese a los casos de mera culpa o culpa leve)<sup>2058</sup>.

### *c. Fundamentos de la compatibilidad*

Del mismo modo, continúan manteniendo validez los argumentos a favor de la compatibilidad de la acción social y la responsabilidad concursal por el déficit.

En primer lugar, para esta doctrina, el incremento de la masa activa como resultado material de las respectivas condenas, no justifica confusión alguna, puesto que no es sólo resultado de éstas sino de otras muchas acciones que pudieran ejercitarse contra los administradores (por ej., las acciones de reintegración concursal)<sup>2059</sup>.

En segundo lugar, la doctrina destaca la diversa naturaleza jurídica, función o finalidad, de una y otra responsabilidad. Mientras la acción social (como la individual) tendría una función indemnizatoria, la responsabilidad por el déficit concursal – al menos para algunos – tendría una función de garantía o sancionatoria<sup>2060</sup>.

---

<sup>2057</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal* (2003), p. 313.

<sup>2058</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital...», p. 290.

<sup>2059</sup> GARCÍA-CRUCES, «El problema de la represión de la conducta del deudor...», pp. 312 y 313

<sup>2060</sup> GARCÍA-CRUCES, op. cit., pp. 312 y 313; RAMOS MONTESA, op. cit., p. 750.

En tercer lugar, la normativa societaria no incluye como causa de exoneración de la responsabilidad, la apertura necesaria o voluntaria, de un proceso concursal<sup>2061</sup>. Por el contrario, el art. 48 *quater* agregado por la reforma de la LCE, al atribuir legitimación a la administración concursada para ejercer las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada, presupone que la responsabilidad de los administradores, auditores o liquidadores, subsiste a la declaración de concurso y, además, las considera compatibles.

En cuarto lugar, corresponde advertir que la acción social de responsabilidad conservaría su vigencia en los supuestos de convenio con quita inferior a un tercio del importe de los créditos o con espera inferior a tres años, en los supuestos de mera culpa de los administradores o cuando, por cualquier causa, no resulten fallidos los créditos de los acreedores, hipótesis todas en que no procede la imputación de responsabilidad por el déficit concursal<sup>2062</sup>.

Por último, además de las diferencias en la caracterización y funciones básicas de ambas responsabilidades, cabe añadir otras que se relacionan con detalles no menos importantes de sus respectivos regímenes legales. Por ejemplo, en la responsabilidad concursal se excluyen los supuestos de mera culpa o culpa leve que, en cambio, si juegan en el caso de la responsabilidad social<sup>2063</sup>. Asimismo, el carácter solidario de la responsabilidad social de los administradores, permite exigir la reparación de la totalidad del daño a todos los

---

<sup>2061</sup> MAIRATA LAVIÑA, «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2 (2002), p. 1399.

<sup>2062</sup> ALONSO UREBA, id., pp. 552 y 552; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, op. cit., pp. 710; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 273.

<sup>2063</sup> Se observa en esto una incongruencia desde el punto de vista jurídico, en tanto que para un supuesto de mayor daño a la sociedad, como es el de la generación o agravamiento de la insolvencia, se establece un régimen de responsabilidad más benigno que el establecido en términos generales en sede de Derecho de sociedades (ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal...», pp. 289, 290 y 307; PRENDES CARRIL, «Recensión», p. 628; SJM de Málaga, de 22 de mayo de 2006, y SJM 1 de Oviedo, de 2 de junio de 2007).

administradores<sup>2064</sup>. Esto sería al me-nos discutible en materia de responsabilidad concursal por el déficit.

### ***C. La acción individual de responsabilidad contra administradores de sociedades concursadas***

La LCE no considera las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de una sociedad concursada, que pudieran corresponder a sus socios o a terceros por los daños que le fueren directamente causados<sup>2065</sup>.

Doctrina<sup>2066</sup> y jurisprudencia<sup>2067</sup> coinciden en que la responsabilidad por daño que pudiere afectar a los administradores en función del ejercicio de una acción individual y la responsabilidad por el déficit concursal tienen una índole diferente. En lo que es fundamental, el beneficiario de una eventual condena no es el patrimonio social - y, por lo tanto, la masa pasiva - sino el socio o el acreedor que se considera directamente perjudicado y ejercita la acción.

No existe, salvo excepciones muy concretas, relación de dependencia de la responsabilidad concursal, con respecto a las acciones de responsabilidad por

---

<sup>2064</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, *La disolución de la sociedad anónima*, pp. 153.

<sup>2065</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales...», *Estudios de Derecho Mercantil*, p. 1566.

<sup>2066</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal...», p. 292; BELTRÁN SÁNCHEZ, "En torno a la '*naturaleza*' de la responsabilidad...", p. 351; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 56; MORALEJO IMBERNÓN, «Las reformas en materia de calificación del concurso», *La reforma concursal, III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, dir. BELTRÁN SÁNCHEZ, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y PRENDES CARRIL (2011), pp. 622-623; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 11; QUINTANA CARLO, «El estatuto de los administradores...», p. 541.

<sup>2067</sup> SAP de Córdoba, Sec. 3, 3/4/2008 (*ADCo*, n° 17, 2009-2, pp. 467-469).

daños a terceros<sup>2068</sup>, a condición de que no se utilice la acción individual para reclamar el daño reflejo en el patrimonio o en el interés individual, derivado del daño directo al patrimonio social<sup>2069</sup>.

No obstante la compatibilidad inicial de la acción individual por daños con la responsabilidad concursal por el déficit, la doctrina no deja de apreciar que una sentencia favorable a un acreedor que ejerza una acción contra los administradores sociales basado en el art. 241, podría dejar sin efecto a la condena concursal por el déficit en perjuicio del resto de los acreedores<sup>2070</sup>. Eso explica que algunos aspectos vinculados a la acción individual de responsabilidad, hayan sido tratados en la reforma de 2011<sup>2071</sup>.

### 1. Competencia

En el régimen derogado se planteaba si correspondía al juez de concurso el conocimiento en las acciones individuales de responsabilidad (tal como se prevé para el caso de las acciones sociales de responsabilidad). A esta cuestión, la AP de Córdoba respondía negativamente. Para este tribunal, interpretando conjunta y sistemáticamente los arts. 8.6, 48.2 y 54.4 de la Ley Concursal y el art. 86 ter 1.6° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta que el juez del concurso es competente para conocer de cualquier acción social de responsabilidad (ya sea ejercida por la propia sociedad, la administración concursal o los legitimados subsidiarios), mientras que – por el contrario – no lo es para el conocimiento de

---

<sup>2068</sup> QUINTANA CARLO, «El estatuto de los administradores...», p. 541; MOYA JIMÉNEZ, *ibid.*, p. 71. SAP de Córdoba, 3 Sección, de 3 de abril de 2008 (*ADCo*, 17, 2009-2, p. 468).

<sup>2069</sup> LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 158; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal...», p. 25.

<sup>2070</sup> MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones... », p. 204.

<sup>2071</sup> GARNICA MARTÍN, «La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *Aranzadi Insignis*, pp. 10 y 11.

las acciones individuales de responsabilidad que ejerciten los acreedores contra los administradores sociales<sup>2072</sup>.

A esta cuestión se le ha dado una solución expresa en la reforma concursal de 2011. En la nueva redacción del art. 51.1, se estableció que, por excepción, se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, «*todos*» los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1).

## 2. Legitimación

La legitimación para promover la acción individual de responsabilidad le corresponde, por definición, a todo aquel que haya sufrido un daño patrimonial directo, imputable a los administradores de una sociedad. En el art. 48 *quater* agregado en la reciente reforma de la LCE, se establece que, una vez declarado el concurso, la legitimación para promover las acciones de responsabilidad «*de la persona jurídica*» contra los administradores, liquidadores o auditores, corresponderán «*exclusivamente*» a la administración concursal. Para promoverla, los administradores concursales no tienen necesidad de convocar junta, ni cumplir con ninguna otra finalidad<sup>2073</sup>.

Nos parece claro que la legitimación exclusiva de la administración concursal se limita a aquellas acciones que le hubiera correspondido ejercer a la

---

<sup>2072</sup> SAP de Córdoba, 3 Sec., n° 62 de 3/4/2008 (*JUR* 2009\21355) ponente VELA TORRES.

<sup>2073</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO, p. 727.

persona jurídica<sup>2074</sup>. Adviértase que la acción individual no guarda relación alguna con la solvencia o in-solvencia de la masa activa concursal, ni con su recomposición. Tampoco está dirigida contra la persona jurídica concursada. Por lo tanto, la administración concursal carece de interés en la dilucidación de esta acción, dirigida exclusivamente contra el patrimonio de administradores, auditores o liquidadores, para la reparación del daño sufrido directamente por socios o terceros.

### 3. Viabilidad de la acción individual una vez declarado el concurso

A diferencia de la acción social de responsabilidad, cuyo ejercicio frente a los administradores de una sociedad concursada no supone ningún peligro para la *pars conditio creditorum*, puesto que la condena de los administradores tiene por destino el patrimonio social y todos los acreedores se verán beneficiados del mismo modo, el ejercicio de la acción individual de responsabilidad puede alterar ese principio. Los principios de igualdad y generalidad se verían afectados si se le diera preferencia al accionamiento individual - ya que, puesto que normalmente los acreedores que ejercitan la acción individual de responsabilidad reclaman el pago de la deuda social insatisfecha - éste permitiría el cobro de los créditos que los acreedores tienen contra la sociedad sin quedar sometidos a las reglas del concurso<sup>2075</sup>.

Por ello, alguna doctrina opina que no debiera admitirse el ejercicio de la acción individual de responsabilidad una vez declarado el concurso de la sociedad deudora y aquellas acciones interpuestas deben quedar interrumpidas hasta la finalización del concurso, en aras de un correcto funcionamiento del

---

<sup>2074</sup> Sin embargo, en el art. 57.2 de la PALC le otorgaba legitimación exclusiva a la administración concursal para promover las acciones de responsabilidad por deudas sociales.

<sup>2075</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal...», *RDS*, n° 39, p. 359; LÓPEZ DE MEDRANO, «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo...», *ADCo*, n° 12, p. 41; MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 461; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal tras la Ley...», p. 65; QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores...», p. 39.

procedimiento concursal. El juez competente para resolver la acción individual de responsabilidad ejercitada o reanudada una vez concluido el concurso deberá tener en consideración el pago de los créditos efectuado por la propia sociedad deudora y por el administrador declarado responsable concursal, para detraerlo de la posible condena del administrador como responsable por los daños causados en el patrimonio del deudor<sup>2076</sup>.

La mayoría de la doctrina, en cambio, se muestra favorable al ejercicio de la acción individual de responsabilidad, a pesar de que la sociedad haya sido declarada en concurso<sup>2077</sup>. El art. 48 *quater* de la LC, tras la reforma por Ley 38/2011 establece con claridad, según estos autores, que las acciones contra los administradores en las que, declarado el concurso, la legitimación corresponde en exclusiva a la administración concursal son las acciones de las que es titular la sociedad concursada, entre las que no se encuentra la acción individual del art. 241 de la LSC<sup>2078</sup>.

Alguna doctrina considera que la *par conditio creditorum* serviría de fundamento para que la condena obtenida mediante una acción individual de responsabilidad (art. 241 LSCE) sólo fuese exigible una vez cubierta la responsabilidad concursal de los administradores frente a todos los acreedores sociales<sup>2079</sup>. Se propone, entonces, que a aquellos acreedores que estén pendientes

---

<sup>2076</sup> GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal...* (2005), p. 1982; MORALES BARCELÓ, op. cit., p. 461.

<sup>2077</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 2 (2013), p. 641; ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 246 y 247; MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, «Repercusiones del concurso de la sociedad...», *RDM*, n° 250, pp. 2179 y 2180.

<sup>2078</sup> ESTEBAN VELASCO, op. cit., p. 246.

<sup>2079</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal...», pp. 292 y 293.

de resolución firme, por su accionamiento individual contra los administradores, se les reconozca el crédito íntegro en el concurso, sin perjuicio de que si, posteriormente, obtienen la satisfacción total o parcial de sus créditos, sean sustituidos, total o parcialmente, en la lista de acreedores, por aquellos que pudieran tener los administradores que pagaron al acreedor social<sup>2080</sup>.

***D. La acción de responsabilidad por deudas sociales contra administradores de sociedades concursadas***

Pese a situarse en cuerpos normativos distintos, la interconexión entre la acción de responsabilidad por obligaciones sociales y la acción de responsabilidad concursal por el déficit, queda reflejada en la concurrencia parcial de sus presupuestos normativos. Ésta se produce, en especial, cuando llegada la insolvencia, el administrador incumple su deber de instar la solicitud del concurso en el plazo legal previsto (art. 5 LCE)<sup>2081</sup>.

El TS ha señalado reiteradamente – aun con anterioridad a la LCE<sup>2082</sup> - las conexiones entre la responsabilidad derivada de la omisión de disolver y liquidar regularmente una sociedad en situación de insolvencia y la resultante de omitir o dilatar la solicitud de la declaración concursal de la sociedad. No instar tempestivamente el concurso de acreedores supone, normalmente, que concurre el supuesto de hecho para la imposición de la responsabilidad por no promoción de la disolución, con el supuesto legal previsto en el n° 1 del art. 165 de la LCE. De ahí que se planteara, especialmente, el problema de la compatibilidad entre la

---

<sup>2080</sup> MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, op. cit., pp. 1358 y 1359; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 12.

<sup>2081</sup> VIÑUELAS SANZ, *Responsabilidad por obligaciones sociales...*, p. 26.

<sup>2082</sup> SSTS n° 456 de 22/5/1999 (RJ 1999\3478) ponente VILLAGÓMEZ RODIL y n° 290 de 9/4/1997 (RJ 1997\2875) ponente GARCÍA VARELA.

responsabilidad por deudas sociales prevista en las leyes societarias y la responsabilidad por el déficit concursal<sup>2083</sup>.

La cuestión ha quedado básicamente dilucidada por la incorporación del art. 48 *quater* a la LCE por la Ley 38/2011, donde se declara específicamente acumulables la acción de responsabilidad por deudas sociales con la responsabilidad por el déficit. Por lo tanto, la sanción prevista por el incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución o de instar el concurso, no queda en suspenso por el simple hecho de que se produzca la declaración de concurso<sup>2084</sup>.

---

<sup>2083</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad...», p. 350; RAMOS MONTESA, op. cit., p. 750.

Para la Sec. 28 de la AP de Madrid, no cabría deducir otra cosa que la compatibilidad entre la acción por responsabilidad de los administradores sociales ex art. 262.5 LSA y la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la LCE (AAP de Madrid, Sec. 28, de 13/11/2008, *La Ley Juris* 776/2008). Se funda en los argumentos siguientes.

En primer lugar, no existe en la LCE precepto alguno que impida ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales.

En segundo lugar, el legislador tuvo la ocasión de establecer la imposibilidad de invocar simultáneamente estas responsabilidades y no lo hizo, por lo que no cabe atribuir su coexistencia a un descuido del legislador. En efecto, la LCE reformó, en sus disposiciones finales, 20 y 21, los arts. 262 LSA y 105 LSRL, sin postergar o disponer la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso.

En tercer lugar, el art. 48.2 LCE dispone en su último párrafo que «*la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado*», precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no alude únicamente a la acción social (referida en párrafos anteriores) sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad.

En cuarto lugar, se señala que el fundamento de la acción individual o el de la responsabilidad por deudas, no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal del art. 172.3 LCE.

<sup>2084</sup> RODRÍGUEZ ESPARZA, op. cit., p. 157.

## 1. Insolvencia societaria e insolvencia concursal

Estrictamente, para que tenga lugar la responsabilidad prevista en el art. 367 de la LSCE, no es necesario que la sociedad sea in-solvente o que los acreedores hayan visto frustradas sus expectativas de cobro frente a la sociedad por insuficiencia de bienes. La *insolvencia societaria patrimonial* como causa legal de disolución no coincide, necesariamente, con la insolvencia concursal<sup>2085</sup>.

El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causal legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir el estado de insolvencia concursal con la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que sí constituye causa de disolución (art. 363-1, lit. c)<sup>2086</sup>.

La insolvencia concursal supone la imposibilidad de dar cumplimiento regular a las obligaciones exigibles (art. 2 LCE). Puede existir insolvencia *societaria* y no insolvencia *concursal*, o al revés, ésta sin aquélla, aunque lo más habitual sea que una y otra concurren en la práctica<sup>2087</sup>.

En los supuestos en que sólo existe insolvencia societaria, opera con normalidad el deber de promover la disolución (art. 365 LSCE). Si, a la inversa, sólo existe insolvencia concursal, se impone al administrador la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 143.3 LCE)<sup>2088</sup>.

---

<sup>2085</sup> BELLO MARTÍN-CRESPO, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», p. 1695; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, p. 108.

<sup>2086</sup> STS n° 590 de 15/10/2013 (ROJ 5186/2013), ponente: SANCHO GARGALLO.

<sup>2087</sup> PRENDES CARRIL, "Recensión", p. 626.

<sup>2088</sup> STS n° 590 de 15/10/2013 (ROJ 5186/2013), ponente: SANCHO GARGALLO.

## 2. Prioridad de la solución concursal

En el caso de que la causal de disolución por pérdidas cualificadas - pérdidas que dejen reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social (sin que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente) – se superponga a la insolvencia, tiene prioridad la solución concursal, por lo que el administrador debe proceder a instar el concurso (en lugar de disolver)<sup>2089</sup>. No se trata de una opción legal para el cumplimiento alternativo sino que sólo instando el concurso oportunamente, el administrador se libera de su responsabilidad<sup>2090</sup>.

La prioridad de la solución concursal ha sido considerada como preferible, pues evita la disolución y posibilita una salida consensuada a la crisis empresarial, especialmente porque la LCE da preferencia a la obtención de un convenio de continuación y no liquidatorio de la sociedad concursada<sup>2091</sup>. No obstante, esto no significa que la declaración de concurso exima de la posible responsabilidad por deuda en que los administradores hubieran podido incurrir antes de la declaración del concurso<sup>2092</sup>.

---

<sup>2089</sup> BATALLER GRAU, «La disolución», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPU-ZANO, p. 54.

<sup>2090</sup> ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores...», p. 565; BLASCO GASCÓ, «El embargo de bienes...», p. 307; PRENDES CARRIL, «La responsabilidad de los administradores...», pp. 2045-2048; PULGAR EZQUERRA, «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 86-170, dir. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (2003), pp. 85-87; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, op. cit., p. 8 VALENZUELA GARACH, *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso...*, p. 122; VICENT CHULIÁ, «La responsabilidad de los administradores...», p. 19.

<sup>2091</sup> PRENDES CARRIL, «La responsabilidad de los administradores...», pp. 2045-2048.

<sup>2092</sup> STS n° 590 de 15/10/2013 (ROJ 5186/2013), ponente: SANCHO GARGALLO.

A su vez, la responsabilidad por no promoción de la disolución carece de sentido durante el concurso de acreedores<sup>2093</sup>. La propia normativa societaria establece el concurso como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso se rige por una normativa propia que expresamente prevé la disolución de la sociedad como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LCE). En caso de aprobación de convenio, se impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LCE). Sin embargo, no cabe – al entender de la jurisprudencia – exigir la responsabilidad solidaria de las deudas de la sociedad por un supuesto incumplimiento de un inexistente deber de disolver la sociedad durante la fase de convenio<sup>2094</sup>.

En su caso, el incumplimiento del deber de instar la liquidación puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso (art. 164.2.3° LCE)<sup>2095</sup> o considerarse, lisa y llanamente, que *«la falta de solicitud de disolución o de concurso realizada con dolo o culpa grave ha agravado la insolvencia»*, de modo que es directamente aplicable la *«cláusula general»* de culpabilidad del concurso (art. 164.1 LC)<sup>2096</sup>.

---

<sup>2093</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.), ponente: SARAZA JIMENA.

<sup>2094</sup> STS n° 590 de 15/10/2013 (ROJ 5186/2013).

<sup>2095</sup> STS n° 590 de 15/10/2013 (ROJ 5186/2013).

<sup>2096</sup> SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5/2/2008 (AC 2008\834; ADCo n° 17, 2009, pp. 533 y ss.): *«el concurso no ha sido declarado culpable... por aplicación de la presunción iuris tantum relativa a que el administrador incumplió el deber de solicitar la declaración del concurso del artículo 165.1 de la Ley Concursal, sino que la calificación del concurso como culpable se ha realizado... sin necesidad de aplicar presunción alguna: dado que el administrador permitió que la sociedad siguiera funcionando cuando los fondos propios negativos eran muy abultados..., sin disolver la sociedad o solicitar la declaración en*

### 3. Plazo para solicitar el concurso

Conviene diferenciar, claramente, el doble ámbito en que opera el plazo bimensual y las consecuencias de su incumplimiento, según nos movamos en el plano societario o en el concursal<sup>2097</sup>.

#### *a. Marco societario*

Según ya se analizó al tratar la cuestión de los elementos de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales, en el marco societario, el plazo legal de dos meses para dar cumplimiento a la exigencia legal de convocar a una junta general que requiera la disolución, se cuenta desde que los administradores conocieron o debieron conocer la existencia de alguna de las causas previstas en el art. 363 de la LSCE. Una de estas causales es la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 363.1, lit. d).

A su vez, en el mismo marco, el plazo de dos meses para solicitar la disolución judicial o el concurso, corre desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso (art. 367.1 LSCE).

---

*concurso, ha provocado el aumento exponencial del desbalance patrimonial de la sociedad concursada.»*

En este punto, la Audiencia Provincial admite la idea fundamental de la sentencia de primera instancia (SJM n° 5 de Madrid, de 18/1/2007 (*JUR* 2007\368567; *ADCo* n° 12, 2007, p. 534): «... no se trata aquí de exigir la responsabilidad por deudas del artículo 105.5 de la Ley de Sociedades Anónimas al administrador de la sociedad, responsabilidad ajena a esta sección y que se configura como una responsabilidad *ex lege*, sino de determinar que se ha agravado el estado de insolvencia de la sociedad por una conducta activa u omisiva del administrador, imputable a título de dolo o culpa, concurriendo el oportuno nexo causal entre dicha conducta y el resultado, en este caso, la agravación del estado de insolvencia.»

<sup>2097</sup> PRENDES CARRIL, «Recensión», p. 627.

***b. Marco concursal***

En el marco concursal, los administradores tienen un plazo de dos meses para instar el concurso, a contar desde que conocieron o debieron conocer el estado de insolvencia actual (art. 5.1 LCE), sin consideración a la junta general.

Recordamos que, con la reforma de la LCE introducida por el RDL 3/2009, se establece un mecanismo de blindaje de un eventual negocio jurídico extrajudicial, ante el riesgo de una futura declaración del concurso y posible impugnación de terceros en ejercicio de las acciones del art. 71.1 de la LC<sup>2098</sup>. Junto al plazo general de dos meses, se han articulado otros plazos sucesivos de tres meses y un mes para el deudor que, hallándose en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso (art. 5.3 LCE). Este RDL fomenta las operaciones de refinanciación preconcursal<sup>2099</sup>, al salvarlas de los efectos de la rescisión (art. 71.5.3), siempre que colaboren de forma efectiva al reflotamiento de la sociedad a corto y medio

---

<sup>2098</sup> Llama la atención a OLIVENCIA RUIZ que un negocio jurídico inter partes, no adoptado por un órgano colegiado ni dentro de un procedimiento judicial en el que los acreedores se integren en una masa, pueda regirse por el principio mayoritario y que la voluntad de una mayoría reforzada, computada por la información del deudor acerca del importe de su pasivo y sólo respaldada por el juicio técnico de un experto sobre su suficiencia, se imponga a la minoría y prive a los acreedores no firmantes del acuerdo de la legitimación que les reconoce el art. 72 de la LCE y, en definitiva, de tutela judicial, dentro de un concurso. Basta, conforme a la nueva norma, con que se dé el requisito de la suscripción de la mayoría reforzada de los 3/5 (60 % del total pasivo, quizás futuros subordinados en el concurso, porque la norma no distingue entre clases de acreedores), para extender los efectos del acuerdo a todos los acreedores. Y ello sin ningún tipo de exigencia respecto de anuncio de convocatoria, comunicación a los interesados, ni publicación del acuerdo, que puede permanecer oculto frente a estos terceros, al margen de cualquier control judicial y de toda publicidad jurídica (OLIVENCIA RUIZ, «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», *RDCP*, n° 13 [2010], pp. 21 y 22).

<sup>2099</sup> SÁNCHEZ-CALERO, «Refinanciación y reintegración concursal», *ADCo*, n° 20 (2010), pp. 9-38.

plazo, formen parte de un plan de viabilidad sostenible, cuenten con un informe de un experto independiente, con el apoyo de, al menos, tres quintos de los acreedores, y se formalicen en escritura pública<sup>2100</sup>.

En este mismo sentido, la reciente reforma agrega un art. 5 bis donde se establece que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Esta comunicación puede formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

#### **4. Soluciones incorporadas en la reforma concursal (Ley 38/2011)**

La vigente LCE dispone dos reglas que disciplinan el ejercicio de la acción acogida en el art. 367 LSCE. En primer lugar, la LCE impide que tras la declaración de concurso los acreedores puedan ejercitar esta acción y requerir el pago de su crédito a los administradores sociales (art. 50.2 LCE). En segundo lugar, en aquellos supuestos en que el ejercicio de la acción prevista en el art. 367 preceda a la declaración del concurso, se dispone la suspensión de los procedimientos<sup>2101</sup>.

---

<sup>2100</sup> VIÑUELAS SANZ, *Responsabilidad por obligaciones sociales...*, p. 26.

<sup>2101</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 57.

***a. Prohibición de promover acciones de responsabilidad por deudas sociales desde la declaración del concurso y hasta su conclusión***

A los efectos de armonizar la acción de responsabilidad por obligaciones sociales con la tramitación del concurso, en la reciente reforma concursal se dispuso que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de deudas sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución<sup>2102</sup>. De admitirse, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50.2)<sup>2103</sup>.

***b. Suspensión de los procedimientos iniciados***

En segundo lugar, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (apartado 1 art. 51 bis)<sup>2104</sup>.

Con las soluciones que acabamos de reseñar, se buscó evitar que el accionamiento individual por deudas sociales vaciara la masa activa concursal en beneficio exclusivo de los promotores de esas acciones<sup>2105</sup>.

---

<sup>2102</sup> La doctrina advierte que no la reforma no se refiere a la obligación de solicitar el concurso en el supuesto de ausencia de acuerdo, cualquiera que sea la causa (MARTÍN REYES, «La concurrencia de acciones... », p. 203).

<sup>2103</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad...», p. 57.

<sup>2104</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, id. *ibid.*

<sup>2105</sup> GARNICA MARTÍN, «La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\206, p. 9.

Se ha observado que la suspensión de los procedimientos en curso, en caso de que se apruebe un convenio que contenga dilatados períodos de espera puede resultar exagerada, con lo cual el concurso podría terminar constituyendo un escudo protector de larga duración para los administradores sociales<sup>2106</sup>.

## II. Concurrencia en la legislación uruguaya

Tal como sucedía en la legislación española anterior a la reforma incorporada por la Ley 38/2011, bajo la legislación uruguaya el problema se plantea cuando los mismos hechos – incumplimiento doloso o con culpa grave del deber de diligencia, determinante de la generación o agravamiento del estado de insolvencia – permiten que se haga efectiva la responsabilidad social y, además, la responsabilidad concursal.

### A. Concurrencia con la acción social de responsabilidad

La cuestión, a nuestro entender, se encuentra acertadamente solucionada en la LC, no sólo porque el solapamiento entre las responsabilidades es más aparente que real, sino porque la LC adoptó soluciones para la adecuada coordinación entre ambas responsabilidades, respetando el derecho de los principales interesados – los acreedores – en poder accionar en caso de omisión de la sindicatura e, incluso, incentivándola a hacerlo, mediante el otorgamiento de un privilegio especial.

#### 1. Atribución de competencia al juez concursal

En primer lugar, corresponde destacar que el art. 52 de la LC atribuye competencia al juez concursal para el conocimiento de la acción social de responsabilidad contra los administradores. De esta manera, no sólo se facilita la coordinación entre ambas responsabilidades, sino que permite que el juez tenga

---

<sup>2106</sup> CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales...», *Estudios de Derecho Mercantil*, p. 1572.

una mejor comprensión de todos los aspectos en juego y, evidentemente, se facilita la labor de la sindicatura.

## **2. Atribución de legitimación al síndico para promover la acción social**

En segundo lugar, se confirma la legitimación del síndico o el interventor para promover esta acción, lo cual es coherente con la sustitución procesal en favor del síndico prevista en el n° 3 del art. 46 de la LC y la evidente contraposición de intereses que existe o puede existir tanto con los administradores de la sociedad concursada como con sus socios. Por esto último, en especial, se elimina la exigencia de la previa resolución de la asamblea prevista por la LSC en el caso de que la acción social de responsabilidad se promueva contra administradores de sociedades anónimas<sup>2107</sup>.

## **3. Legitimación subsidiaria de los acreedores**

Esto es consistente con lo dispuesto por el art. 395 de la LSC, que atribuye legitimación a los acreedores para ejercer la acción social de responsabilidad, cuando ésta tuviera por finalidad la reconstrucción del patrimonio social, insuficiente para cubrir las deudas sociales a consecuencia de los actos u omisiones generadores de responsabilidad y siempre que la sociedad o los accionistas no la hayan promovido.

La legitimación prevista en este artículo se aparta, a nuestro entender acertadamente, de lo que se establecía en la PALC, que atribuía legitimación exclusivamente al síndico o al interventor.

---

<sup>2107</sup> Art. 52, inc. 1, de la LC: «Corresponderá al síndico o al interventor, según el caso, la representación de la sociedad para la promoción de la acción social de responsabilidad contra los administradores, los integrantes del órgano de control interno y los liquidadores, sin requerir para esto la previa conformidad de la reunión o asamblea de socios o accionistas.»

#### 4. Privilegio general

Al final del § 2 del art. 52 se establece que si la sentencia obtenida con la acción social contuviera una condena a indemnizar a la sociedad los 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 el cincuenta por ciento del crédito que no hubiera percibido en el concurso.

Esto, en definitiva, implica un privilegio especial no previsto en el art. 109 de la LC<sup>2108</sup>, que tiene por objeto premiar al acreedor que, ante la omisión del síndico o el interventor, toma a su cargo la tarea de promover la acción social de responsabilidad.

##### *B. Concurrencia con la acción individual de responsabilidad*

La LC no contiene disposición alguna que haga referencia a la acción individual de responsabilidad que pudiera ejercer un socio o un acreedor contra los administradores de una sociedad concursada. El art. 52 de la LC se refiere, exclusivamente, a la acción social de responsabilidad.

#### 1. Competencia

La prohibición de promover nuevos juicios que contiene el art. 56 de la LC<sup>2109</sup> sólo se refiere al deudor concursado y el fuero concursal sólo atrae a los procesos

---

<sup>2108</sup> Art. 109 LC: «(Créditos con privilegio especial). Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.

*Los créditos con privilegio especial deberán estar inscriptos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.»*

<sup>2109</sup> Art. 56 LC: «(Prohibición de promover nuevos juicios). Declarado judicialmente el concurso, los acreedores del deudor por créditos anteriores a la fecha de la declaración no

judiciales de conocimiento o los procesos arbitrales «*contra el deudor*» (art. 57, § 1, LC)<sup>2110</sup>.

Por lo tanto, la acción individual de responsabilidad contra los administradores de una persona jurídica concursada deberá promoverse ante el juez que corresponda de acuerdo a las reglas generales para determinar la competencia de los juzgados nacionales (Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales 15.750 de 1985).

Entendemos que la LC debió prever que las acciones individuales de responsabilidad, si ya se hubiere declarado el concurso, se presentaran ante el juez del concurso y, de lo contrario, fueran atraídas por su fuero si el concurso se declarara después de promovida la acción individual. Es obvia la importancia de que el juez del concurso sea quien entienda, también, en la acción individual de responsabilidad.

## 2. Legitimación

Puesto que la LC no le confiere legitimación al síndico o al interventor para promover esta acción y no se encuentra involucrado directamente un interés del concurso, entendemos que rige el reconocimiento general que existe en la legislación societaria uruguaya para legitimar a cualquier acreedor a que promueva una acción individual con el fin de lograr el resarcimiento de daños que le hayan sido directamente causados.

---

*podrán promover contra el deudor procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo. Las actuaciones judiciales o arbitrales que se realicen serán nulas.*

*Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, los procedimientos que se funden en relaciones de familia siempre que no tengan contenido patrimonial y los procesos de conocimiento referidos en el segundo inciso del artículo 59.»*

<sup>2110</sup> Art. 57, § 1, LC: «(Procesos en trámite). Los procesos judiciales de conocimiento o los procesos arbitrales contra el deudor, que se encuentren en trámite a la fecha de declaración del concurso, continuarán ante la sede que esté conociendo en los mismos, hasta que recaiga sentencia o laudo firme.»

### III. Concurrencia en la legislación argentina

De acuerdo con la doctrina argentina, las acciones que pueden interponerse para imputar responsabilidad a los administradores, por los perjuicios que causen a la sociedad donde ejercen sus funciones son similares cuando la empresa está *in bonis* y cuando ésta ha caído en una situación de insolvencia. Tanto cuando la sociedad está en un escenario normal de pagos, como cuando se ha presentado en concurso preventivo y cuando se ha declarado su quiebra, pueden interponerse las acciones previstas en la LSCA<sup>2111</sup>.

#### A. Legitimación de la sindicatura

Corresponde al síndico el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores (art. 175 LCA). Si al momento de declararse la quiebra ya han sido promovidas acciones de responsabilidad, dichas acciones deben continuar ante el juzgado del concurso y el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado<sup>2112</sup>.

#### B. Autorización de los acreedores

Por tratarse de una acción de responsabilidad societaria, no pareciera corresponder la exigencia del acuerdo previo de los acreedores que se exige para la promoción de la acción de responsabilidad concursal<sup>2113</sup>. No obstante, el

---

<sup>2111</sup> ABDALA, «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 225; ALDRICH, «El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad», *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n° 6 (2006), pp. 301 y ss.; NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 4, p. 395.

<sup>2112</sup> VÍTOLO, *Derecho Concursal*, p. 306.

<sup>2113</sup> JUNYENT BAS, «Extensión de la responsabilidad...», pp. 319 y 320.

amplio reenvío que contiene el art. 176 de la LCA a lo dispuesto en el art. 119 ha generado controversia en la doctrina y jurisprudencia argentina respecto de la exigibilidad de una previa autorización de los acreedores.

### ***C. Daño resarcible***

Aun en el caso de que se promueva una acción de responsabilidad societaria después de declarada la quiebra, el daño resarcible no tiene directa relación con la situación de insolvencia, sino con el mal desempeño del cargo por parte de los administradores<sup>2114</sup>.

Así mismo, tampoco el pasivo falencial es el límite de la responsabilidad. Si la indemnización debida fuese mayor que dicho pasivo, se producirá un remanente<sup>2115</sup>.

## **SÉPTIMA PARTE: ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT AL ADMINISTRADOR DE HECHO MEDIANTE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO**

Se conoce como *extensión del procedimiento concursal* o *quiebra reflejo* a la declaración del concurso de los socios como efecto de la declaración del concurso de una sociedad concursada, en garantía de los acreedores sociales<sup>2116</sup>. Se trata de una forma práctica de hacer efectiva la responsabilidad personal y solidaria de los socios<sup>2117</sup>. A la quiebra del sujeto jurídico que provoca la quiebra del otro sujeto jurídico se le llama *quiebra principal* y, a la segunda, *quiebra dependiente, refleja o por extensión*<sup>2118</sup>.

---

<sup>2114</sup> JUNYENT BAS, id., p. 323.

<sup>2115</sup> RIVERA, *Instituciones...*, p. 334.

<sup>2116</sup> NEDEL, *Ley de Concursos y Quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 Comentada* (2013), p. 592.

<sup>2117</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, *Derecho concursal* (2006), p. 331.

<sup>2118</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 306.

La doctrina coincide en señalar que la extensión de la quiebra surge en la Edad Media – a los padres, hermanos, hijos varones y a la esposa del fallido, así como a sus factores y socios – como medida cautelar, con la finalidad de reintegrar el patrimonio del quebrado, a modo de revocatoria concursal. La extensión de la quiebra, conjunta y simultáneamente con otras medidas de naturaleza penal y ejecutiva de diversa gravedad, se constituía en un medio para obligar al deudor a pagar. Se presuponía la existencia de otros bienes, ocultos o formando parte de otros patrimonios, que podrían quedar afectados al pago de las deudas concursales<sup>2119</sup>.

En particular, el análisis del régimen de extensión de la quiebra es relevante para esta tesis, a los efectos de determinar si ésta no constituye una vía indirecta para alcanzar al administrador de hecho, especialmente si se admite que la extensión comprende al socio oculto o a la sociedad controlante<sup>2120</sup>.

---

<sup>2119</sup> MIGUENS, *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*, p. 7, y ROCCO, *Il fallimento, Teoria general e origine storica*, pp. 194 y 194.

<sup>2120</sup> Así, por ejemplo, era pacífico en el Derecho italiano, en función de lo dispuesto en el art. 147 de la *Legge Fallimentare* de 1942 (LF), Regio Decreto n° 267 de 16 de marzo de 1942 – en la redacción dada por el Decreto Legislativo n° 169 de 12 de setiembre de 2007 - que la quiebra de una sociedad comercial de tipo personal, conllevaba la quiebra de socios ocultos, en tanto socios con responsabilidad ilimitada (BIGIAMI, *L'imprenditore occulto* [1965], p. 10). El art. 147 de la LF dispone, al respecto, lo siguiente: «*Società con soci a responsabilità illimitata.*

*La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.*

*Il fallimento dei soci di cui al comma primo non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata (...)*

*Capítulo primero: Extensión de la quiebra en la Ley argentina de Concursos y Quiebras 24.522/1995*

**I. Fundamento de la extensión de la quiebra**

La extensión de la quiebra a los socios es el medio que la LCA instrumentó para hacer efectiva la responsabilidad de los socios ilimitadamente obligados por las deudas sociales<sup>2121</sup>.

Se ha pretendido justificar la quiebra de los socios colectivos o ilimitadamente responsables, como una consecuencia ineludible de la responsabilidad que hace a cada uno de ellos deudor de to-dos los acreedores sociales y a todo acreedor de la sociedad acreedor de cada uno de esos socios<sup>2122</sup>. De ahí viene a resultar que la garantía de los acreedores sociales no está compuesta solamente por las aportaciones de los socios, sino por todos los bienes particulares de cada uno de ellos<sup>2123</sup>.

Por ende, se considera lógico que la insolvencia y quiebra de la sociedad acarree la de los socios ilimitadamente responsables, pues hay que presumir que

---

*Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi.»*

<sup>2121</sup> MONTESI, *Extensión de quiebra* (1991), p. 7.

<sup>2122</sup> RAMELLA, en este sentido, afirmaba lo siguiente: «(...) *se i soci sono personalmente responsabili, può dirsi che le obbligazioni della società siano ad un tempo obbligazioni loro e che di esse rispondano verso i terzi direttamente, in via principale, anzichè come fideiussori (...)*» (RAMELLA, *Trattato del fallimento*, 2<sup>a</sup> ed. rev. y amp. [1915], v. 2, p. 459).

<sup>2123</sup> CUZZERI expresaba esta opinión en los términos siguientes: «(...) *in conseguenza della responsabilità solidale e illimitata di ciascun socio per tutte le obbligazioni della società, realmente la garanzia dei creditori social viene ad essere costituita, no solo dalle quote del fondo sociale, specialmente destinato allo scopo della società, ma, si apure sussidiariamente, anche dai patrimoni individuali dei soci (...)*» (CUZZERI, «Del fallimento», in: AA.VV., *Il Codice di Commercio Commentato*, 3<sup>a</sup> ed. coord. BOLAFFIO y VIVANTE, v. 8 [1911], p. 626).

si no se prestan a salvar de la quiebra a la sociedad, será porque no se encuentran en condiciones de hacerlo<sup>2124</sup>. El legislador supone, dada la interdependencia que existe entre el patrimonio aportado a la sociedad y el particular de los socios, que si estos dejan quebrar a la sociedad es porque se encuentran, también, en el mismo estado económico de insolvencia<sup>2125</sup>.

## II. Régimen legal

### A. Competencia

El juez competente para entender en la petición de extensión es aquel que intervino en la quiebra original, independientemente del domicilio del denunciado o de la posibilidad de aplicarse otra jurisdicción (art. 162 LCA)<sup>2126</sup>. Este criterio se impone en virtud del principio de economía procesal y porque el juez original

---

<sup>2124</sup> CUZZERI se refiere a este fundamento en los términos siguientes: «(...) *se, malgrado la loro responsabilità, non si prestano a salvarla dall fallimento, ciò è prova manifesta che non lo possono (...)*» (CUZZERI, op. cit., pp. 626 y 627).

<sup>2125</sup> NAVARRINI lo explicaba en estos términos: «*Ecco il principio stabilito nell'art. 847, principio che parte dal presupposto che, per quello stretto legame e per quella dipendenza che continua a sussistere fra il patrimonio rimasto ai soci e quello apportato in società, i soci non si trovassero – alla lor volta -, col loro patrimonio particolare, nella stessa condizione*» (NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare: secondo la nuova legislazione* [1935], p. 249).

<sup>2126</sup> Art. 162 LCA: «*Competencia. El juez que interviene en el juicio de quiebra es competente para decidir su extensión.*

*Una vez declarada la extensión, conoce en todos los concursos el juez competente respecto de aquel que prima facie posea activo más importante. En caso de duda, entiende el juez que previno.*

*Idénticas reglas se aplican para el caso de extensión respecto de personas cuyo concurso preventivo o quiebra se encuentren abiertos, con conocimiento del juez que entiende en tales procesos.»*

es quien mejor puede determinar las relaciones entre presupuestos, sujetos y otros elementos necesarios para el análisis de procedencia de la extensión<sup>2127</sup>.

Una vez decretada la quiebra por extensión, la competencia para su tramitación le corresponde al juez de la quiebra que *prima facie* posea el activo más importante. En caso de que sea imposible determinar cuál quiebra tiene un activo más importante, será competente el juez que previno, es decir aquel que intervino en la primera quiebra y en el posterior procedimiento de extensión<sup>2128</sup>.

### ***B. Iniciativa procesal***

La petición de la extensión de la quiebra puede estar a cargo del síndico o de cualquier acreedor verificado o aun no verificado pero que hubiere instado algún proceso tendiente a ser incluido en el pasivo concursal (art. 163). La extensión no puede ser promo-vida de oficio, ni por parte del MF<sup>2129</sup>.

### ***C. Supuestos de extensión de la quiebra***

Dentro de los supuestos de extensión de la quiebra existen algunos que operan en forma prácticamente automática, por la mera consecuencia de la declaración en quiebra del sujeto en la quiebra principal. En otros supuestos la quiebra dependiente sólo puede ser declarada a través de un proceso instado por los sujetos a los cuales la LCA les otorga legitimación para requerir tal declaración de extensión<sup>2130</sup>.

Si el sujeto a quien se pretende extender la quiebra ya hubiera sido declarado en quiebra, la declaración de extensión de la quiebra sujetará la segunda quiebra a una normativa específica vinculada con la quiebra principal<sup>2131</sup>.

---

<sup>2127</sup> NEDEL, *Ley de Concursos y Quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 Comentada*, p. 605.

<sup>2128</sup> NEDEL, id. *ibid.*

<sup>2129</sup> VÍTOLO, *op. cit.*, p. 298.

<sup>2130</sup> VÍTOLO, id., p. 294.

<sup>2131</sup> VÍTOLO, id., pp. 294 y 295.

En todo caso, la extensión de la quiebra es de interpretación restrictiva, en tanto excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia<sup>2132</sup>.

#### ***D. Coordinación de procedimientos***

Cuando se decreta la extensión de la quiebra, el juez debe disponer las medidas de coordinación de los procedimientos de todas las falencias. El síndico ya designado interviene en los concursos de todas las personas alcanzadas por la extensión (art. 166), sin perjuicio de que, frente a la complejidad de los procesos, pueda recurrirse a una sindicatura plural<sup>2133</sup>.

En particular, a los efectos de la coordinación, el juez dispondrá si media masa única o masas separadas, según las previsiones de los arts. 167 y 168 de la LCA<sup>2134</sup>.

---

<sup>2132</sup> SCCC, Rosario, Sala IV, de 13 de noviembre, «Sosa, Ramón T. Construcciones SRL s/ quiebra (LL Litoral, 1998-885).

<sup>2133</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 301.

<sup>2134</sup> Art. 167 LCA: «Masa única. La sentencia que decrete la extensión fundada en el Artículo 161, inciso 3, dispondrá la formación de masa única.

*También se forma masa única cuando la extensión ha sido declarada por aplicación del Artículo 161, incisos 1 y 2 y se comprueba que existe confusión patrimonial inescindible. En este caso, la formación de masa única puede requerirla el síndico o cualquiera de los síndicos al presentar el informe indicado en el Artículo 41. Son parte en la articulación los fallidos y síndicos exclusivamente.*

*El crédito a cargo de más de uno de los fallidos concurrirá una sola vez por el importe mayor verificado.»*

Art. 168 LCA: «Masas separadas. Remanentes. En los casos no previstos en el artículo anterior, se consideran separadamente los bienes y créditos pertenecientes a cada fallido.

*Los remanentes de cada masa separada, constituyen un fondo común, para ser distribuido entre los acreedores no satisfechos por la liquidación de la masa en la que participaron, sin atender a privilegios.*

## 1. Situación en que se mantienen separadas las masas

La extensión de la quiebra no implica, necesariamente, la formación de una masa única. Como la extensión de la quiebra no es un supuesto de allanamiento de la personalidad jurídica, sino de atribución de responsabilidad por todo el pasivo de otro sujeto jurídicamente distinto e independiente, la regla general es la formación de masas separadas con los bienes y créditos pertenecientes a cada fallido (art. 168)<sup>2135</sup>.

Los acreedores sociales se cobran sobre las masas activas de sus respectivos deudores. Si existen remanentes en cada masa activa, se constituye un fondo común para ser distribuido entre los acreedores no satisfechos por la liquidación de la masa que directamente les correspondía. En el fondo común formado por los remanentes participan los acreedores insatisfechos en proporción a sus acreencias y sin consideración de sus privilegios<sup>2136</sup>.

Los privilegios se consideran extinguidos una vez liquidados los bienes que constituían los activos sobre los que recaían, sea en la quiebra principal o en las generadas por la extensión. Los saldos insolutos que restan cancelar con el remanente tienen la característica de quirografarios<sup>2137</sup>.

---

*Sin embargo, los créditos de quien ha actuado en su interés personal, en el caso del Artículo 161, inciso 1 o de la persona controlante en el caso del Artículo 161, inciso 2 no participan en la distribución del mencionado fondo común.»*

<sup>2135</sup> NEDEL, op. cit., p. 609; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., *Derecho concursal*, t. 3, p. 685.

<sup>2136</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, op. cit., p. 335; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., op. cit., p. 686; VÍTOLO, op. cit., pp. 302 y 303.

<sup>2137</sup> NEDEL, op. cit., pp. 609 y 610; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., id., p. 686.

## 2. Situación en que se forma una única masa

La formación de una masa única procede sólo cuando la extensión ha sido dispuesta por confusión patrimonial inescindible o ella coexiste con alguna de las otras causas de extensión (art. 167).

No corresponde la formación de masa única ni siquiera cuando se admitiera la existencia de simulación en la constitución de las sociedades fallidas, pues tal declaración resultaría inoponible a los terceros que contrataron con las sociedades, pues a su respecto vale como acto aparente en cuya virtud contrataron con la misma<sup>2138</sup>.

En los casos de masa única la totalidad de los activos de los fallidos concurrirá a satisfacer la totalidad de los pasivos. Supone la consolidación de los activos liquidables<sup>2139</sup>.

Las preferencias que surgen como origen del crédito, en cuanto a garantías otorgadas por cada uno de los sujetos fallidos, se respetan en orden a lo que establece la Ley de fondo<sup>2140</sup>.

### *E. Plazo de caducidad*

El art. 163 de la LCA<sup>2141</sup> establece que la petición de extensión de quiebra puede pedirse por el síndico o por cualquier acreedor en cualquier tiempo después

---

<sup>2138</sup> NEDEL, id., p. 608.

<sup>2139</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 302.

<sup>2140</sup> NEDEL, op. cit., p. 608.

<sup>2141</sup> Art. 163 LCA: «*Petición de la extensión. La extensión de la quiebra puede pedirse por el síndico o por cualquier acreedor.*

*La petición puede efectuarse en cualquier tiempo después de la declaración de la quiebra y hasta los SEIS (6) meses posteriores a la fecha en que se presentó el informe general del síndico.*

*Este plazo de caducidad se extiende:*

de la declaración de quiebra y hasta los seis meses posteriores a la fecha en que se presentó el informe general del síndico. Se extiende dicho término en los casos siguientes: 1) que se produzca la votación negativa del acuerdo preventivo, hasta seis meses después del vencimiento del período de exclusividad previsto en el art. 43<sup>2142</sup> o del plazo previsto en el n° 4 del art. 48<sup>2143</sup> y 2) que no se homologara, se

---

*1) En caso de haberse producido votación negativa de un acuerdo preventivo hasta SEIS (6) meses después del vencimiento del período de exclusividad previsto en el Artículo 43 o del vencimiento del plazo previsto en el Artículo 48 inciso 4) según sea el caso.*

*2) En caso de no homologación, incumplimiento o nulidad de un acuerdo preventivo o resolutorio, hasta los SEIS (6) meses posteriores a la fecha en que quedó firme la sentencia respectiva.»*

<sup>2142</sup> Art. 43 LCA (restablecido por Ley 25.589 de 16\5\2002): «*Período de exclusividad. Propuestas de acuerdo. Dentro de los noventa (90) días desde que quede notificada por ministerio de la ley la resolución prevista en el artículo anterior, o dentro del mayor plazo que el juez determine en función al número de acreedores o categorías, el que no podrá exceder los treinta (30) días del plazo ordinario, el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el artículo 45.*

*Las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulará propuesta.*

*Las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas.*

*El deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas.*

*El acreedor deberá optar en el momento de dar su adhesión a la propuesta.*

*La propuesta no puede consistir en prestación que dependa de la voluntad del deudor.*

*Cuando no consiste en una quita o espera, debe expresar la forma y tiempo en que serán definitivamente canceladas las deudas en moneda extranjera que existiesen, con relación a las prestaciones que se estipulen.*

*Los acreedores privilegiados que renuncien expresamente al privilegio, deben quedar comprendidos dentro de alguna categoría de acreedores quirografarios.*

*La renuncia no puede ser inferior al treinta por ciento (30%) de su crédito.*

*A estos efectos, el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable, debiendo ser ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de Convenio Colectivo, no será necesaria la citación de la asociación gremial. La renuncia del privilegio laboral no podrá ser inferior al veinte por ciento (20%) del crédito, y los acreedores laborales que hubieran renunciado a su privilegio se incorporarán a la categoría de quirografarios laborales por el monto del crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado. El privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o en el caso de no homologarse el acuerdo.*

*El deudor deberá hacer pública su propuesta presentando la misma en el expediente con una anticipación no menor a veinte días (20) del vencimiento del plazo de exclusividad. Si no lo hiciere será declarado en quiebra, excepto en el caso de los supuestos especiales contemplados en el artículo 48.*

*El deudor podrá presentar modificaciones a su propuesta original hasta el momento de celebrarse la Junta Informativa prevista en el artículo 45, penúltimo párrafo.»*

<sup>2143</sup> Art. 48, n° 4, LCA: «4) Negociación y presentación de propuestas de acuerdo preventivo. Si dentro del plazo previsto en el primer inciso se inscribieran interesados, estos quedarán habilitados para presentar propuestas de acuerdo a los acreedores, a cuyo efecto podrán mantener o modificar la clasificación del período de exclusividad. El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes.

*Todos los interesados, incluido el deudor, tienen como plazo máximo para obtener las necesarias conformidades de los acreedores el de veinte (20) días posteriores a la fijación judicial del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la*

incumpliera o se declarara la nulidad de un acuerdo preventivo o resolutorio, hasta los seis meses posteriores a la fecha en que quedó firme la sentencia respectiva<sup>2144</sup>.

La jurisprudencia señala que si bien no corresponde como re-gla computar sobre el plazo analizado supuestos de suspensión o interrupción, al efectuarse su cómputo no deben ignorarse los antecedentes fácticos en el devenir procesal del trámite falencial que puedan resultar relevantes para juzgar la oportunidad de la acción e incluso susceptibles de quitar todo valor a la aplicación, sin más, de la caducidad<sup>2145</sup>. Incluso se ha interpretado que si el fallido o los terceros hubieran ocultado información sobre sus negocios, impidiendo de tal modo que la sindicatura se informara íntegramente sobre la situación para producir en forma adecuada el informe del art. 39 LCA, los autores del disimulo u ocultación no podrían invocar el transcurso del término porque al hacerlo intentarían constituir - en beneficio propio - la consecuencia de dicha reticencia. En tal supuesto, el término habría de computarse desde que el legitimado para la acción hubiera tomado conocimiento de lo verdaderamente sucedido<sup>2146</sup>.

### III. Alcance subjetivo de la extensión de la quiebra

#### A. Extensión a los socios con responsabilidad ilimitada

El art. 160 de la LCA, establece que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus «*socios con responsabilidad ilimitada*».

---

*concurada. Los acreedores verificados y declarados admisibles podrán otorgar conformidad a la propuesta de más de un interesado y/o a la del deudor. Rigen iguales mayorías y requisitos de forma que para el acuerdo preventivo del período de exclusividad.»*

<sup>2144</sup> SCNCom, Sala A, de 26/6/2012, «Tolosa Vanesa Elizabeth c/Caputo Armando Daniel y otra s/Extensión de Quiebra (Ordinario)» (*Infojus* FA 12130534).

<sup>2145</sup> SSCNCom, Sala A, de 14/8/2009, «Biocrom SA s/Quiebra c/Surar Pharma SA s/Ordinario» y de 20/12/2007, «Imrex SACI s/Quiebra c/Electrodomésticos Defema SA y otros s/Ordinario».

<sup>2146</sup> MARTORELL, *Tratado de concursos y quiebras*, t. 2 (2004), p. 426.

En el art. 160 de la LCA se agrega que la quiebra de la sociedad, también, implica la quiebra de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. En este caso, la quiebra se produce *automáticamente*, de oficio, y no es necesario realizar petición en el trámite de extensión<sup>2147</sup>.

### **1. Significados atribuidos por la doctrina a la expresión «socios con responsabilidad ilimitada»**

La doctrina discute acerca de cuál es la responsabilidad ilimitada que determina la extensión falencial. La discusión se plantea debido a que tal tipo de responsabilidad – ilimitada y solidaria - deriva no sólo de la posición en la que voluntariamente se coloca quien asume la calidad de socio en una sociedad *por partes de interés*, sino también de la Ley. Esto último sucede como reacción del legislador frente a ciertas conductas no queridas por él. Configuradas ellas, la Ley muta la limitación de responsabilidad de la contratación que dio origen al ente y reacciona imponiendo una responsabilidad más extensa al autor de la conducta reprochada.

En ese marco, una primera tesis, defendida inicialmente por MAFFÍA, sostiene que tal extensión sólo puede aplicarse a quienes asumen tal responsabilidad al constituir la sociedad<sup>2148</sup>. Éstos son los socios de la sociedad colectiva, los socios comanditados en la sociedad en comandita simple, los socios capitalistas en la sociedad de capital e industria, el socio gestor en la sociedad accidental y los socios de la sociedad irregular o de hecho. Cuando la responsabilidad ilimitada es asumida con posterioridad a la constitución de la sociedad, tiene naturaleza

---

<sup>2147</sup> ESCUTI y JUNYENT BAS, op. cit., p. 332; VÍTOLO, op. cit., p. 295.

<sup>2148</sup> MAFFÍA, *Derecho concursal*, t. 2 (1988), p. 387.

derivada y sancionatoria, quedando excluida, a su entender, de la extensión de la quiebra por el carácter restrictivo de la interpretación sobre su alcance.

Otros autores, en cambio, sostienen que además de esos socios devenidos corresponsables ilimitados por propia voluntad, se encuentran también comprendidos aquellos que no tenían tal responsabilidad *ab initio* pero la adquieren con posterioridad. Al no establecer distinciones, la norma autoriza a aplicar la extensión de la quiebra tanto a los socios con responsabilidad ilimitada contractual u originaria como a los socios con responsabilidad ilimitada derivativa o sancionatoria. Basta al efecto que el socio sea corresponsable ilimitado con la sociedad<sup>2149</sup>.

Según una tesis intermedia, se puede extender la quiebra a aquellos socios que tienen responsabilidad ilimitada *stricto sensu*, es decir, a quienes responden con su patrimonio por todo el pasivo social. Cuando la ilimitación de la responsabilidad surge para deudas determinadas o algunas consecuencias de determinados actos, no sería viable la extensión de la quiebra, puesto que esta figura exige la asunción total del pasivo de manera ilimitada<sup>2150</sup>.

## 2. Jurisprudencia

En la jurisprudencia argentina reciente se comienza por rechazar la primera de las tesis, por introducir distinciones que no surgen del texto de la Ley. La norma legal se limita a indicar que la quiebra se extenderá a todo socio corresponsable ilimitado, sin diferenciar según que tal responsabilidad pese sobre él desde el inicio o pase a pesarle en forma sobreviniente. No obstante, adoptando la posición intermedia, aclara que la ilimitación de responsabilidad prevista en la norma tiene lugar siempre y cuando el socio responda por todas las deudas sociales (no por una o algunas) con todo su patrimonio, sin que importe si su

---

<sup>2149</sup> MONTESI, *Extensión de quiebra*, p. 7; QUINTANA FERREYRA y ALBERTI, *Concursos, Ley 19.551, comentada, anotada y concordada*, t. 3, pp. 11 y 19.

<sup>2150</sup> RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO et al., *Ley de concursos y quiebras*, t. 2, pp. 438; ROUILLON, *Régimen de concursos y quiebras, Ley 24.522 (1999)*, p. 225.

origen es contractual o sancionatorio. En esa situación se encuentran los socios de la sociedad disuelta que, con su consentimiento, omite arbitrar su liquidación y continúa su actividad como si tal disolución no se hubiera producido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 99 de la LSCA, norma que impone sobre tales socios responsabilidad ilimitada y solidaria por todo el pasivo social que se genere a partir de la disolución de que se trate<sup>2151</sup>.

### 3. Extensión de la quiebra a los socios ocultos

En opinión de parte de la doctrina<sup>2152</sup> y jurisprudencia<sup>2153</sup> argentinas, el socio oculto debe ser ubicado entre los sujetos a quienes se les puede extender la quiebra por aplicación del art. 160 de la LCA, al participar de la explotación del negocio en forma clandestina, sin asumir los riesgos propios que ello implica<sup>2154</sup>.

En doctrina se ha expresado, terminantemente, que la responsabilidad ilimitada del socio oculto es *genética* a su condición de socio, aunque la oculten en el contrato escrito<sup>2155</sup>. Si existe socio oculto y se prueba su existencia, cualquiera sea el tipo social, es sujeto pasivo de la extensión de la quiebra por su responsabilidad ilimitada<sup>2156</sup>.

---

<sup>2151</sup> SCNCom, Capital Federal, de 4/6/2012, «Interchange & Transport International SRL s/Quiebra s/Incidente de Apelación (art. 250)» (*Infojus* FA12130490).

<sup>2152</sup> GIRALDO y ZULUAGA, «Socio oculto y la quiebra», *LL*, 1999-F-749, Res. de fallos 42.065-S (1999); MORO, op. cit., p. 1892.

<sup>2153</sup> SCCCom de Bahía Blanca, Sala II, de 18/5/1993, «Industria Metalúrgica Surmet» (*LL*, 1994, 555).

<sup>2154</sup> SCNCom, Sala A, de 26/12/1997, «Alvear 1850 SRL s/quiebra s/§de extensión de quiebra» (*LL* 1999-F, 749; *ED*, 22/2/1999).

<sup>2155</sup> FIGUEROLA, «Extensión de la quiebra, diversos supuestos en relación al art. 160 LCyQ», *Tratado de Derecho Comercial*, t. 12: *Concursos y quiebras* (2010), p. 748; MORO, op. cit., p. 1892.

<sup>2156</sup> ETCHEVERRY, «Supuestos de extensión de la quiebra», *LL*, 1982-B, p. 812.

## ***B. Extensión a otros sujetos***

En el art. 161 de la LCA<sup>2157</sup> se agregan tres hipótesis en que corresponde la extensión de la quiebra a terceros. De acuerdo con el tenor de esa disposición, la quiebra, también, se extiende:

1. a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;
2. a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.
3. a toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

---

<sup>2157</sup> El art. 161 de la LCA establece lo siguiente: «*Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende:*

*1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;*

*2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.*

*A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:*

*a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;*

*b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.*

*3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.»*

Es relevante destacar que la doctrina considera que esto no su-pone que se haya establecido un *numerus clausus* de tipos legales y que no se pueda extender la quiebra a quienes la hubiesen provocado, si los imputados no encuadraran expresamente en los supuestos contemplados en los tipos referidos<sup>2158</sup>.

### 1. Extensión al dominus negotii

Según lo dispuesto en el art. 161 de la LCA, la quiebra, tam-bién, se extiende a toda persona que, «*bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés per-sonal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores*».

Tanto en doctrina<sup>2159</sup> como en jurisprudencia<sup>2160</sup>, se entiende que la interpretación de esta forma típica debe ser estricta, así co-mo rigurosa la apreciación de la prueba pertinente. La doctrina señala que no puede inferirse el fraude en perjuicio de los acreedores por el solo hecho de existir una vinculación empresarial con la fallida<sup>2161</sup>. Se requiere la existencia de una si-mulación subjetiva para su configuración, esto es, que se haya procedido bajo la apariencia de la actuación de la fallida para atender el interés personal, en fraude de los acreedores de aqué-lla<sup>2162</sup>. En palabras de MARTORELL, es necesaria la demostración de que se ha utilizado como *disfraz* a la fallida<sup>2163</sup>.

---

<sup>2158</sup> MARTORELL, «Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?», *LL*, 1993-E (1993) p. 709; MORO, op. cit., p. 1902.

<sup>2159</sup> BERGEL, «Extensión de la quiebra», *RDCO*, año 6 (1973), p. 435; MORO, op. cit., p. 1894.

<sup>2160</sup> SCNCom, Sala A, n° 102.604, de 16/2/2001, «Flores, Enrique s/Conc. prev. s/§ de extensión de quiebra», *LL*, 2001-E-501.

<sup>2161</sup> MORO, op. cit., p. 1894.

<sup>2162</sup> SCCC de Concordia (Entre Ríos), n° 11.676, de 13/3/1997, «Bertoni Hnos SRL s/ Conc. prev. Hoy quiebra s/Incidente de extensión de quiebra a la firma Tempire SA», *Zeus*, 76-J-357

<sup>2163</sup> MARTORELL, *Los contratos de dominación empresaria* (1996), p. 105.

No obstante haber consenso respecto del criterio restrictivo a que acabamos de referir, la jurisprudencia argentina ha invocado reiteradamente este supuesto para fundar la extensión de la quiebra<sup>2164</sup>.

Un caso de actuación simulada, donde la quiebra se extendió del socio a la sociedad fue en los autos *Oddone*. En esa causa se demandó la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad, afirmándose que se encontraba bajo el control absoluto de Luis Oddone, que la había creado como un mero instrumento para sus fines y que quienes habían concurrido a celebrar el contrato de constitución eran meros prestanombres. El juez llegó al convencimiento de que se trataba de una sociedad ficticia, es decir, una sociedad instrumentada en exclusivo interés de Oddone que la condujo a su antojo y en su exclusivo beneficio, perjudicando a los acreedores<sup>2165</sup>.

En otro caso, muy reciente y de especial relevancia, la sindicatura solicitó la extensión de la quiebra contra los administradores y cuotapartistas de una sociedad fallida, por mal desempeño de la función de administración, efectuar actos en interés personal y disponer de los activos de la sociedad como si fueran propios. Es interesante destacar que, dentro del cúmulo de hechos en los que la sindicatura basa su imputación y, en definitiva, fueron tomados en cuenta por la CNCom para decretar la extensión de la quiebra, se encuentran notorias coincidencias con lo que las legislaciones concursales española y uruguaya establecen como presunciones de culpabilidad. Así, por ejemplo, se señaló que los administradores de la fallida no entregaron documentación ni libros sociales que permitieran reconstruir la evolución de su estado patrimonial, que existían balances con resultados desiguales respecto del mismo período, que se presentó documentación con firmas falsas, que se cedió el 50 % del inmueble en el que funcionaba la fallida y dos vehículos de ésta a una sociedad anónima uruguaya en

---

<sup>2164</sup> SSCNCom, Sala A, de 23/3/2005, «Barck, Carlos s/ quiebra s/inc. de extensión»; Sala E, de 5/8/2004, «Rilmar SA s\ quiebra s/inc. de extensión»; Sala A, de 10/2/2004, «Estación de Servicio Arias SRL s/ Quiebra s/ Inc. de extensión».

<sup>2165</sup> SCNCom, Sala E, 5/9/84, «Oddone, Luis s/quiebra», LL, 1984-D-412.

pago de una deuda de otra sociedad anónima cuyos accionistas eran los administradores de la fallida<sup>2166</sup>.

## 2. Extensión a la controlante

De acuerdo con lo dispuesto en el n° 2 del art. 161 de la LCA, la quiebra puede ser extendida a toda «*persona controlante*» de la sociedad fallida, con dos condiciones:

- a. que haya «*desviado indebidamente el interés social de la controlada*»;
- b. que haya sometido a la controlada a una «*dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte*».

La noción del control es abstracta: supone la aptitud para formar la voluntad social de una persona jurídica, que no se exterioriza ni manifiesta solamente en agrupamientos, sino en el manejo de toma de decisiones que se relacionan a políticas y estrategias subsumidas y hasta a veces disfrazadas en diversas formas de control interno<sup>2167</sup>. La doctrina señala que la LCA no ha incluido dentro de los supuestos de extensión de la quiebra al *control externo o de hecho*<sup>2168</sup>.

La existencia de casos aislados en los cuales se determine la voluntad social no constituye una situación de control. Por otra parte, el mero ejercicio del control no se considera relevante si no se constata una conducta dirigida a desviar indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte<sup>2169</sup>.

---

<sup>2166</sup> SCNCom, Sala C, de 15/8/2013, «Croach Busters SRL s/ Quiebra c/ CB Obras y Servicios SA, Burgos Gilberto Omar Ramón y otro s/Ordinario» (*Infojus* FA 13130109).

<sup>2167</sup> NEDEL, *Ley de Concursos y Quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 Comenta-da*, p. 592.

<sup>2168</sup> VÍTOLO, id., p. 297.

<sup>2169</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 296.

En cuanto al desvío del *interés social*, la doctrina advierte que el aludido es el propio de la sociedad y no la expresión del común denominador del interés de todos los socios<sup>2170</sup>. MANÓVIL menciona como supuestos de desvío indebido del interés social a los siguientes: la desvalorización intencional del patrimonio de la dependiente; el desvío de oportunidades; la inducción a celebrar relaciones comerciales desventajosas (*transfer prices*); imposición de préstamos a tasas menores a las de mercado y otorgamiento de garantías intragrupales; imposición de una política de precios que favorezca las ventas de otra empresa del grupo<sup>2171</sup>.

En cuanto a la relevancia del sometimiento a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo, para la configuración del tipo previsto en el n° 2 del art. 161, la doctrina argentina se encuentra dividida. ROUILLON sostiene – seguido por MANÓVIL, ROITMAN y VÍTOLO, entre otros – que la inexistencia de dirección unificada es insuficiente para eximir a la controlante de la extensión falencial<sup>2172</sup>. MARTORELL, en cambio – junto con DASSO, DOBSON, MORO y OTAEGUI, entre otros – consideran que no se puede pasar por alto la interpretación gramatical de la norma, que es clara, por lo que corresponde reparar que, tras hablar de *desvío y sometimiento*, el n° 2 del art. 161 lo vincula indefectiblemente con la necesidad de que esa patología se haya producido «*en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte*»<sup>2173</sup>.

Corresponde destacar, como antecedente de la disposición en análisis, la SCSJ del 4 de setiembre de 1973 – esto es, muy anterior a la LCA – que resolvió hacer extensiva a Deltec Internacional Limited y a Deltec Argentina SA, la responsabilidad de la quiebra decretada a la Cía. Swift de La Plata SA. La extensión de la quiebra se fundó en que Deltec fue considerada como la deudora

---

<sup>2170</sup> MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, p. 1109.

<sup>2171</sup> MANÓVIL, *id.*, pp. 591 y ss.

<sup>2172</sup> ROUILLON, *Reformas al régimen de los concursos: comentario a la Ley 22.917 (1986)*, pp. 254 y 255.

<sup>2173</sup> MARTORELL, *op. cit.*, p. 346; MORO, *op. cit.*, p. 1901.

real y responsable de la fallida, cuya propiedad y respectivo control le pertenecían. La responsabilidad y consiguiente extensión, se hicieron derivar del concepto de sujeción económica, vinculado a la recíproca responsabilidad y a la actuación cumplida<sup>2174</sup>.

### *c. Confusión patrimonial*

El n° 3, del art. 161 de la LCA posibilita la extensión de la quiebra a toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación tanto de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos. Debe resultar imposible desentrañar las realidades contables y económicas de las personas confundidas<sup>2175</sup>. Si uno de los dos, activo o pasivo, se mantuviere perfectamente delineado, o bien se afectaran porciones del activo o del pasivo no sustanciales, la jurisprudencia entiende que no se activa la «*confusión patrimonial inescindible*» que exige el tipo legal<sup>2176</sup>.

Se ha querido ver en los fundamentos de la extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible, tanto una sanción al abuso de la personalidad jurídica en las sociedades como la necesidad de determinar el sujeto real de la falencia, la aplicación de los principios del Derecho común relativos a la simulación o la renuncia tácita a la responsabilidad limitada. Alguna doctrina considera, sin embargo, que su fundamento radica en el cumplimiento integral del principio de la *pars conditio creditorum*<sup>2177</sup>.

---

<sup>2174</sup> SCNCom, Sala C, 28/7/978, «Cía. Swift de La Plata SA s/quiebra», LL, 1978-D-169.

<sup>2175</sup> SCCC, Sala IV, n° 13.543, de 10/9/2011, «Deyba Ind. Plásticas SRL s/ quiebra c/Envaflex SRL s/Extensión de quiebra» (Zeus, 87-J-590); SCNCom, Sala B, de 30/10/2001, «Inapro SA s/quiebra c/ Valeriano Kochen y otra s/Ordinario s/Extensión de quiebra».

<sup>2176</sup> SCNCom. Sala A, de 2/11/2001, «Donamarca SA s/quiebra s/§ de extensión de quiebra»; SCNCom, Sala A, n° 46.639, de 9/2/1995, «Reverdito y Cía S.A. e Industrias Alimenticias San Cayetano SRL s/ Pedido de extensión de quiebra» (LL, 1995-D-615).

<sup>2177</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 298.

Un caso paradigmático de extensión de la quiebra por confusión patrimonial – también anterior a la LCA - fue el de la sociedad Pazmallman, donde se sostuvo que las sociedades agrupadas configuraban la existencia de unidad de masa y unidad de gestión, ya que al descorrerse el velo de la personalidad se verificaba la existencia de una única empresa, centralizadamente dirigida, y la diversidad jurídica constituía una mera apariencia<sup>2178</sup>.

En el caso Croach Busters ya mencionado, además de extender la quiebra a los administradores de la fallida, se la extendió a una sociedad anónima, en virtud de la confusión patrimonial entre ambas. En el caso resultó acreditado que existía una sola caja para las dos sociedades y que la fallida soportaba los gastos y deudas de la otra<sup>2179</sup>.

#### **IV. Responsabilidad concursal por daño y extensión de la quiebra**

Puede que se declare la extensión de la quiebra sobre sujetos que, además de ser socios ilimitadamente responsables, sean los administradores de la sociedad. En ese caso, ese socio puede también ser objeto de una acción por responsabilidad concursal en su calidad de administrador.

El efecto de la extensión de la quiebra es reducido en cuanto beneficio para los acreedores de la quiebra principal, pues sólo participarán de un hipotético remanente de las restantes quiebras. En principio, entonces, parecería más interesante la promoción de acciones de responsabilidad pues, en tal caso, la indemnización que se fije incrementará la masa activa de la quiebra<sup>2180</sup>.

Por otra parte, una vez declarada la extensión de la quiebra, podría ser inútil el accionamiento por la responsabilidad concursal. En caso de que se compruebe el daño - la insuficiencia del patrimonio concursado para satisfacer a los

---

<sup>2178</sup> SJNCom, n° 18, 17/10/1977, «Pazmallman SA s/Quiebra» firme, LL, 1978 -B-494.

<sup>2179</sup> SCNCom, Sala C, de 15 de agosto, «Croach Busters SRL s/ Quiebra c/ CB Obras y Servicios SA, Burgos Gilberto Omar Ramón y otro s/Ordinario» (*Infojus* FA 13130109).

<sup>2180</sup> RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., *Derecho concursal*, t. 3, p. 686.

acreedores - ha de ser imposible percibir una eventual condena, puesto que el patrimonio del condenado, por definición, ya habrá sido agotado en el pago del pasivo concursal en virtud de haberse declarado la extensión de la quiebra. Por otra parte, si el pasivo concursal hubiere sido enteramente satisfecho, entonces no habrá daño resarcible mediante la acción de responsabilidad concursal<sup>2181</sup>.

Así se entendió en el caso Menkab. En este caso, el síndico de-signado en la quiebra de Menkab SA promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, los Sres. Esquivel y Tandeciarz de Esquivel, en su calidad de directores de la concursada, y a De Santo (comprador), a fin de que se les condenase en forma solidaria a resarcir los daños y perjuicios causados a la masa como consecuencia de la venta de un inmueble perteneciente a la sociedad, bajo el argumento de que se trató de un acto simulado realizado durante el período de sospecha. La SCJN condenó a la Provincia de Buenos Aires por brindar información registral errónea. Rechazó la demanda fundada en el art. 166 de la Ley 19.551 contra De Santo, Tandeciarz de Esquivel y la Provincia de Buenos Aires, por no ser ellos representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, ni haber practicado ni intervenido en representación de la fallida. En cuanto al director Esquivel se declaró abstracta la cuestión, en tanto operó la extensión de la quiebra a su respecto. Se dijo, respecto a Esquivel, que resulta inconducente declarar responsable a quien está quebrado por sí mismo y cuyo patrimonio ha de ser consumido al quedar el remanente de su propio pasivo a disposición de los acreedores de la quiebra originaria<sup>2182</sup>.

No obstante, aun en una hipótesis de extensión de la quiebra, en el caso de existir masas separadas, la jurisprudencia reciente ha estimado que la acción de responsabilidad concursal resulta totalmente procedente. En este sentido, en el caso, de la Cía. Financiera Sic SA, la CSBA revocó la SCCC, Sala Segunda de

---

<sup>2181</sup> RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, et al., id., p. 691.

<sup>2182</sup> SCSJ de 5/10/1995 «Menkab SA c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios» (VLex M.459.XXII; LL 1996-E, 139, sum. 1653).

Bahía Blanca, que había rechazado la acción de responsabilidad concursal por daños intentada por el Sub-Delegado Liquidador de la Compañía Financiera SIC contra el presidente, vicepresidente, secretario, gerente general del directorio y secretario del consejo de vigilancia de la sociedad<sup>2183</sup>.

---

<sup>2183</sup> SCSBA de 20/2/2008, causa C 85799, «Sindicatura de Cía. Financiera Sic SA Quiebra contra Monteverde Norberto Daniel y otros. Acción de responsabilidad» (*VLex* c-36924388) ponente HITTERS.

## ***Capítulo segundo: Improcedencia de la extensión en el Derecho español y uruguayo***

Como principio general en materia de concursos de sociedades, el concurso o la quiebra de ésta no acarrea la el concurso o la quiebra de sus socios. Puesto que los socios sólo comprometen su aporte, para la conformación del patrimonio social que, en principio, es la única garantía de los acreedores de la sociedad, no sería lógico que su patrimonio particular resultare afectado por razón de créditos de dichos acreedores<sup>2184</sup>.

No obstante – en solución que fue dejada de lado tanto por la legislación española como por la uruguaya - tradicionalmente, las legislaciones concursales contenían disposiciones relacionadas con la extensión de la quiebra a los socios colectivos o, en general, a los socios ilimitadamente responsables. Así lo hacían los Códigos de Comercio españoles y uruguayo, al regular la quiebra.

### **I. La extensión de la quiebra en los Códigos de Comercio**

#### ***A. La extensión de la quiebra en los Códigos de Comercio españoles***

La extensión de la quiebra estaba prevista ya en el art. 1047 del CCom español de 1829<sup>2185</sup> y, también, en el art. 923 del CCom de 1885<sup>2186</sup>, que fuera derogado por la disposición derogatoria única 3.3 de la LCE.

---

<sup>2184</sup> MIGUENS, *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*, p. 61.

<sup>2185</sup> Este artículo sólo se refería a la sociedad colectiva. Alguna doctrina consideraba que, dado el carácter sancionador de ese precepto, no podía ser susceptible de una interpretación extensiva. Por lo tanto, sólo era aplicable a los socios colectivos. En cambio, existía doctrina que consideraba que, se hallaban en el mismo caso los gestores de las comanditarias, porque todos contraían obligación personal de quedar responsables con cuantos bienes poseyesen, si no alcanzaban los del fondo común, para cubrir las deudas sociales y, además, respondían solidariamente unos y otros entre sí (GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras* [1856] pp. 56 y 57).

En virtud de estas disposiciones, la quiebra de la sociedad implicaba la declaración de la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, llevaba consigo la de todos los socios colectivos, con independencia de su solvencia o insolvencia. De manera que, la quiebra de la sociedad y los socios colectivos era simultánea, aunque manteniéndose separadas las respectivas liquidaciones<sup>2187</sup>.

Luego, la ocupación de bienes se extendía a todos los socios solidarios<sup>2188</sup>. No obstante, según la interpretación unánime de la doctrina, la liquidación de los bienes de los socios sólo era posible después de haber liquidado los bienes de la sociedad, como consecuencia del carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios colectivos<sup>2189</sup>.

En principio, este precepto fue considerado de carácter excepcional, por dos razones: porque sometía a la quiebra a quienes no eran necesariamente comerciantes y porque se decretaba la quiebra de los socios colectivos aun cuando estos fueran solventes. Luego, su carácter excepcional imponía una interpretación restrictiva de la norma, vedando su extensión a socios ilimitadamente responsables, por cualquier causa, que no fueran socios colectivos<sup>2190</sup>. No obstante, el art. 923 del CCom fue objeto de aplicación analógica a la extensión de la quiebra por efecto de la doctrina del levantamiento

---

<sup>2186</sup> La Exposición de Motivos del CCom español justificaba la solución prevista en su art. 923 en los términos siguientes: «*El principio se funda en que esta clase de compañías sólo pueden ser declaradas en quiebra cuando no resulten bienes bastantes para satisfacer las deudas que hubieren contraído, ni en el haber de la misma, ni en el patrimonio de cada uno de los socios con responsabilidad limitada.*»

<sup>2187</sup> MORILLAS JARRILLO, *El concurso...*, p. 361; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. 2, 18 ed. (1995), p. 484; URÍA, *Derecho mercantil*, 25 ed. (1998), p. 1083; URÍA, «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», *RDM* (1946) v. 2, n° 4, p. 34.

<sup>2188</sup> GONZÁLEZ HUEBRA, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>2189</sup> MORILLAS JARRILLO, *op. cit.*, p. 363.

<sup>2190</sup> SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 484.

del velo, en los casos de empresario oculto<sup>2191</sup>. Asimismo, fundada en la analogía con lo dispuesto en el art. 287 del CCom, la doctrina consideraba que si el empresario aparente y el oculto eran insolventes, podrían ambos ser declarados en quiebra<sup>2192</sup>.

### ***B. La extensión de la quiebra en la legislación uruguaya***

En el art. 1576 del CCom uruguayo de 1866, la declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, constituía en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componían<sup>2193</sup>. De modo que la quiebra de estas sociedades, arrastraba a la quiebra a los socios personalmente responsables por las deudas sociales. Ello era así, para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los socios<sup>2194</sup>.

No sucedía lo mismo en el resto de las sociedades. La quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada no afectaba a sus socios. El socio comanditario de la sociedad en comandita simple o por acciones y el socio industrial de la sociedad de capital e industria tampoco eran alcanzados por la quiebra. Los accionistas de una sociedad anónima tampoco eran responsables

---

<sup>2191</sup> MIGUENS, op. cit., p. 19.

<sup>2192</sup> BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 9<sup>a</sup> ed. (1991), p. 672; VI-GUERA RUBIO, J.M. «La quiebra de las sociedades mercantiles», *Derecho mercantil* (2002) v. 2, p. 725.

<sup>2193</sup> El § 1 del art. 1576 establece lo siguiente: «*La declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen.*»

<sup>2194</sup> Como explica GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, cuando existen socios personal y subsidiariamente responsables por las deudas sociales, la sociedad será declarada en quiebra cuando no resulten bienes bastantes para satisfacer las deudas contraídas, ni en el patrimonio social ni en el patrimonio de cada uno de los socios; porque si los socios tienen bienes, frente a las dificultades y cesación de pagos de la sociedad, se apresurarán a pagar las deudas sociales, si quieren evitar la quiebra (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil* [1983], p. 504).

personal-mente por las deudas sociales. En consecuencia, cuando se producía la liquidación judicial de la sociedad anónima, ella no afecta a los accionistas que, eventualmente, perdían sólo el monto integrado por sus acciones sociales. El patrimonio de los accionistas queda fuera de la ejecución concursal y no puede ser alcanzado por los acreedores sociales<sup>2195</sup>.

El art. 1576 fue derogado por la LC. En el régimen vigente no existe concurso *reflejo*. El concurso de la sociedad no arrastra al concurso de ninguno de sus socios.

## II. Legislación española y uruguaya vigente

### A. Legislación española

En el ALC de 1983, se preveía la extensión del concurso al *empresario oculto*. Se consideraba como tal a la persona que, tras la apariencia de la actuación de un empresario individual o social, hubiere ejercido la actividad empresarial predominantemente en interés propio (art. 150, § 1, ALC – 1983)<sup>2196</sup>. En la revisión de 1 de marzo de 1986, se modificó el ALC, sustituyendo la exigencia de una actividad empresarial «*predominante en interés propio*», por «*en fraude de acreedores*»<sup>2197</sup>.

---

<sup>2195</sup> Esta era, por otra parte, la solución admitida por la doctrina más tradicional en la materia. Así, por ejemplo, CUZZERI se refería a este punto en los términos siguientes: «*La società anónima, per il suo peculiare carattere economico-giuridico di società di capital piuttosto che di persone, non induce a LCna solidarietà tra i soci, i quali non subiscono che la perdita dell'ammontare delle loro azioni social (...) Da ciò deriva che, in caso di fallimento delle società anonime, è solo il capitale sociale che viene a costituire la massa, es è su questo soltanto che si esercitano i diritti dei creditori della società.*» (CUZZERI, «Del fallimento», in: AA.VV., *Il Codice di Commercio Commentato*, 3ª ed. coord. BOLAFFIO y VIVANTE, v. 8, p. 636).

<sup>2196</sup> MORILLAS JARRILLO, *El concurso...*, p. 112.

<sup>2197</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, n° 220, p. 480.

La PALC no contiene norma alguna expresa sobre la extensión del concurso.

En la legislación española vigente, el concurso de la sociedad no se extiende a ninguno de sus socios, ni siquiera a los ilimitada-mente responsables por las deudas de la sociedad<sup>2198</sup>. No obstante, está prevista la acumulación del concurso ya declarado de los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad concursada (art. 25.1 LCE)<sup>2199</sup>.

### ***B. Legislación uruguaya***

En la legislación uruguaya vigente, siguiendo el modelo de la legislación española, no se previó la extensión del procedimiento concursal a los socios personalmente responsables. Ello no impide que, cuando concurren los presupuestos exigidos en cada caso, sea declarado el concurso de uno o varios socios responsables por las deudas sociales, pero no se tratará de la extensión del procedimiento concursal sino de un concurso autónomo. El concurso de la sociedad y los socios, asimismo, pueden ser acumulados desde el momento inicial, a petición tanto del acreedor que inste el concurso como de la propia sociedad y sus socios, o con posterioridad, a solicitud del administrador concursal<sup>2200</sup>.

No obstante, al otorgársele al administrador concursal, la legitimación para promover la acción de responsabilidad contra los socios por las obligaciones sociales, se configura un cierto grado de extensión: los socios no se someten de modo automático al concurso pero los acreedores sociales sufren un efecto similar al que produciría ese concurso. En rigor, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales queda convertida, con el concurso, en un sistema especial de reintegración de la masa, pues lo que obtenga la administración concursal del

---

<sup>2198</sup> MORILLAS JARRILLO, op. cit., p. 360.

<sup>2199</sup> MORILLAS JARRILLO, id., p. 104.

<sup>2200</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «Efectos sobre el deudor persona jurídica» (art. 89), in: AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, t. 1, pp. 960-988 (2004).

ejercicio de la acción, no pasará al patrimonio del acreedor sino que se integrará en la masa activa del concurso. La acción de los acreedores para reclamar el pago de su crédito se convierte, pues, en una acción concursal para exigir a los socios que reintegren el patrimonio social<sup>2201</sup>.

Por otra parte, existe sí la posibilidad de atribuirle responsabilidad por el déficit concursal a los socios ocultos, en la medida que estos puedan ser encuadrados en el concepto de administrador de hecho.

Curiosamente, la doctrina<sup>2202</sup> y jurisprudencia argentina<sup>2203</sup> ha recorrido el camino inverso: entiende extensible la declaración de quiebra al socio oculto, en la medida que se revela su actuación como *socio gerente*. Incluso, su actuación como administrador de hecho – aunque no se lo denomine en esos términos – es lo que permitió inferir, por vía presuncional, su finalidad de participar en las ganancias sociales y soportar las pérdidas, a pesar que esto no se pudo acreditar concretamente<sup>2204</sup>.

---

<sup>2201</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, id., p. 986.

<sup>2202</sup> HALPERIN y BUTTY, op. cit., p. 360.

<sup>2203</sup> Alvear 1850 SRL s/ Quiebra s/Extensión de Quiebra. - Ref. Norm.: L. 19.550: 34 L. 19.550: 125 L. 24522:160, JARAZO VEIRAS, PEIRANO, MÍGUEZ DE CANTORE - 26/12/1997, *LD-Textos*. En el caso, el magistrado de la instancia anterior había rechazado el pedido de extensión de quiebra respecto del socio oculto. No obstante, la falsedad de las explicaciones del demandado en relación a su desvinculación de la sociedad, era muy relevante y no podía sino ser interpretada en su contra, ya que ante la concreta imputación que el síndico le formuló respecto a su calidad de socio oculto, debió - cuanto menos – proporcionar una versión o explicación verosímil que justificara su participación - luego comprobada - en actuaciones trascendentes de la sociedad, disponiendo de sus derechos como si fueran propios.

<sup>2204</sup> GRISPO, *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*, t. 4, p. 387.

### III. La acción contra los socios personalmente responsables por las deudas de la persona jurídica declarada en concurso

#### A. Legislación española

En la legislación española, durante el concurso, el régimen de responsabilidad del socio por deudas sociales se modifica. En primer lugar, se le confiere legitimación activa a la administración concursal. En segundo lugar, de obtener una sentencia de condena, la cobranza de la deuda no se destinará a satisfacer la deuda que funda el accionamiento, sino a la recomposición de la masa activa concursal. En tercer lugar, se habilita a que el juez de oficio o a petición de la administración concursal, trabaje embargo sobre los socios personalmente responsables.

#### 1. Legitimación activa

A partir de la declaración del concurso y durante todo lo que dure su trámite, la legitimación activa para demandar a los socios personalmente responsables le ha sido atribuida «*exclusivamente*» a la administración concursal, en lo que respecta a las deudas sociales anteriores a la declaración del concurso (art. 48 bis LCE). Asimismo, ese artículo dispone que le corresponde exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento<sup>2205</sup>.

Sin perjuicio de que el art. 48 bis haya establecido que la legitimación de la administración concursal es excluyente de cualquier otra, corresponde tener en

---

<sup>2205</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO. (2011), p. 433; RODRÍGUEZ DÍAZ, «La acción contra los socios personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica declarada en concurso en la Ley de Reforma de la Ley 22/2003...», *RDS* (2011), n° 37, pp. 323-332.

cuenta que el art. 54.4 de la LCE establece que los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial – como puede ser el caso de la acción que acabamos de referir - señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, están legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento

En cuanto a la acción contra los socios personalmente responsables por las deudas posteriores a la declaración de concurso, entendemos que los acreedores tienen acción para reclamar por sus respectivos créditos, en forma independiente de la administración concursal, pues la LCE no establece ninguna limitación a su respecto<sup>2206</sup>.

## 2. Objeto de la acción

La responsabilidad de los socios por las deudas sociales queda convertida, con el concurso, en un sistema especial de reintegración de la masa. Lo que obtenga la administración concursal del ejercicio de la acción no pasa al patrimonio del acreedor, sino que se integra en la masa activa del concurso<sup>2207</sup>.

## 3. Embargo

El juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, puede ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las

---

<sup>2206</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso...*, p. 369.

<sup>2207</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, coord. CAMPUZANO (2011), p. 434.

deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito (art. 48 ter)<sup>2208</sup>.

### ***B. Legislación argentina***

Sin perjuicio de la extensión de la quiebra, el art. 175 de la LCA<sup>2209</sup> le atribuye al síndico, en exclusividad, la legitimación para promover acciones de responsabilidad contra los socios limitadamente responsables. Este accionamiento sería superabundante respecto a los socios con responsabilidad ilimitada pues se encuentran alcanzados por la quiebra reflejo (art. 160 LCA).

Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.

En sexto lugar, la acción contra socios limitadamente responsables (art. 175 LCA), no puede referirse a ninguna otra acción que la prevista por los arts. 149 y 150 LCA<sup>2210</sup>, o sea importes percibidos durante el período de sospecha en uso del derecho de receso y mora en el aporte<sup>2211</sup>.

---

<sup>2208</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso...*, p. 369.

<sup>2209</sup> Art. 175 LCA: «*Socios y otros responsables. El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.*

*Acciones en trámite. Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.»*

<sup>2210</sup> Art. 149 LCA: «*Sociedad. Derecho de receso. Si el receso se ejercita estando la sociedad en cesación de pagos, los recedentes deben reintegrar al concurso todo lo que han percibido por ese motivo. El reintegro puede requerirse en la forma y condiciones establecidas por el artículo siguiente, párrafo segundo.*»

### *C. Legislación uruguaya*

En la legislación uruguaya, si una sociedad es declarada en concurso, como consecuencia de lo dispuesto por el art. 51 de la LC<sup>2212</sup>, los acreedores se ven privados de legitimación para iniciar esta acción por obligaciones anteriores al concurso, puesto que la norma se la atribuye, en forma exclusiva, al síndico o al interventor, según los casos. Sólo quedan exceptuados de este régimen, los acreedores laborales y los tributarios, que mantienen su legitimación para promover acciones contra los socios.

---

Art. 150 LCA: *«Sociedad: aportes. La quiebra de la sociedad hace exigibles los aportes no integrados por los socios, hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso.»*

*La reclamación puede efectuarse en el mismo juicio vía incidental y el juez puede decretar de inmediato las medidas cautelares necesarias para asegurar el cobro de los aportes, cuando no se trate de socios ilimitadamente responsables.*

*Concurso de socios. El concurso de los socios ilimitadamente responsables no puede reclamar lo adeudado a éstos por la sociedad fallida, cualquiera fuera su causa.»*

<sup>2211</sup> ROITMAN, *Efectos jurídicos de la quiebra sobre los contratos preexistentes* (1973), pp. 154 y 155.

<sup>2212</sup> Art. 51 LSC: *«(Acciones contra los socios). La declaración judicial de concurso tendrá los siguientes efectos respecto de las acciones contra los socios de la sociedad deudora:*

*1. Corresponderá exclusivamente al síndico o al interventor, según el caso, la promoción de la acción contra los socios personalmente responsables por las obligaciones sociales anteriores a la declaración de concurso, con excepción de aquellas acciones correspondientes a obligaciones laborales y tributarias.*

*2. Corresponderá exclusivamente al síndico o al interventor, según el caso, la acción para obtener el pago íntegro de las aportaciones comprometidas por los socios o accionistas, así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias. En caso de insuficiencia de bienes propios de la sociedad deudora, el síndico podrá reclamar a los socios o accionistas el pago íntegro de los aportes comprometidos y no realizados, aun cuando no estuviera vencido el plazo establecido para el cumplimiento de dicha obligación.»*

No estamos frente a una hipótesis de extensión del concurso a los socios ni de *quiebra reflejo*<sup>2213</sup>, puesto que la LC no reconoce esta posibilidad<sup>2214</sup>. La norma en análisis se ocupa, simplemente, de quitarle la legitimación que normalmente le correspondería a los acreedores, para perseguir el cobro de sus créditos contra los socios personalmente responsables por las obligaciones sociales, para atribuírsela, exclusivamente, al síndico o al interventor.

Asimismo, el art. 51 de la LC atribuye al síndico o al interventor, según el caso, la legitimación de la sociedad para reclamar el cumplimiento de los aportes<sup>2215</sup> y de las prestaciones accesorias<sup>2216</sup>. El cumplimiento del aporte es

---

<sup>2213</sup> En el régimen derogado, la quiebra de la sociedad arrastraba a la quiebra a los socios, solidariamente responsables. El art. 1576 del CCom uruguayo establecía: «*La declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen.*»

La quiebra de los socios implicaba un apartamiento de la norma contenida en el art. 76 de la LSC, que sólo permite accionar contra los socios, cuando se ha agotado el patrimonio social. En virtud de la quiebra reflejo, se producía la quiebra simultánea de la sociedad y de los socios para la ejecución colectiva de los bienes de una y otros, sin que fuera necesario el previo agotamiento de los bienes sociales.

<sup>2214</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual...* v. 6 (2009), p. 182.

<sup>2215</sup> Normalmente, la sociedad está legitimada para exigir el cumplimiento forzado del aporte mediante el juicio ejecutivo o el juicio de entrega de la cosa. También puede optar por excluir al socio (art. 70 LSC).

En el caso de las sociedades anónimas, la sociedad puede reclamar judicialmente, a su elección, el cumplimiento de la obligación con sus intereses y daños y perjuicios, o declarar rescindida la suscripción, con pérdida de las cantidades abonadas por el suscriptor moroso a favor de la sociedad (art. 318 LSC).

El art. 318 de la LSC dispone: «*Los suscriptores que no cumplieren con las integraciones prometidas, caerán en mora de pleno derecho, por el solo vencimiento de los plazos.*

*Producida la mora, la sociedad podrá, a su elección:*

*1) Reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación con los intereses que se hayan establecido sobre el saldo impago o en su defecto, el interés bancario corriente para las*

exigible aun en el caso en que se hubiera pactado un plazo para hacerlo, cuando los bienes de la sociedad resultaran insuficientes para satisfacer al pasivo concursal.

#### **IV. Extensión del concurso a los administradores**

La enmienda n° 234 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso propuso añadir al art. 4 del Proyecto de Ley Concursal (actual art. 5 de la LCE), la norma siguiente: «3. *El deudor que no solicite la declaración en los plazos establecidos no podrá acudir al convenio como medio para terminar el concurso. En el caso de las personas jurídicas el incumplimiento de este plazo determinará que los administradores serán declarados en situación de concurso que se tramitará acumuladamente al concurso de la empresa que administren.*»

Esta propuesta, que no prosperó, tiene un antecedente en el art. 101 de la LCF<sup>2217</sup>.

#### **V. Justificación de la supresión de la posibilidad de extender el concurso**

Ya en 1946 expresaba URÍA que le parecía que el legislador pecaba de exagerado al hacer quebrar a los socios colectivos al mismo tiempo que la sociedad. Si bien reconocía que la responsabilidad ilimitada de los socios les obliga a responder de las deudas sociales con todos sus bienes, advertía que, al

---

*operaciones activas más los daños y perjuicios; salvo lo previsto en el contrato social o en el de suscripción.*

2) *Declarar rescindida la suscripción, con pérdida de las cantidades abonadas por el suscriptor moroso a favor de la sociedad, la que ingresará dichas sumas a ganancias o a reservas.*»

<sup>2216</sup> Las prestaciones accesorias son obligaciones no dinerarias asumidas por los socios al celebrar el contrato social, que no integran el capital. Pueden consistir en la obligación de prestar un trabajo o colaboración o un apoyo tecnológico, o ceder el uso y goce de bienes o derechos.

<sup>2217</sup> MORILLAS JARILLO, *El concurso...* p. 397.

menos respecto a los socios colectivos o comanditados (que eran los únicos a los que se extendía expresamente la quiebra según los términos del art. 923 del CCom español), esta responsabilidad es subsidiaria. Resulta de allí, entonces, una evidente contradicción entre este precepto y la legislación societaria, puesto que antes de haber sido efectuada la excusión del haber social y sin haberse dirigido los acreedores contra los socios, se les declara la quiebra<sup>2218</sup>.

Por otra parte, más recientemente se ha advertido que la extensión del concurso es un mecanismo excesivamente sancionatorio, pues trae aparejadas gravísimas consecuencias personales y patrimoniales, además de inconvenientes para la seguridad jurídica, la economía procesal y la propia economía material. La extensión del concurso supondría una desproporción entre la solución buscada y el daño causado, especialmente criticable, teniendo en cuenta que sus objetivos serían alcanzables con la atribución de responsabilidad concursal a los administradores de derecho y de hecho, que cumple plenamente con una función sancionatoria o resarcitoria<sup>2219</sup>.

---

<sup>2218</sup> URÍA, «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», *RDM* (1946), v. 2, n° 4, p. 36.

<sup>2219</sup> MIGUENS, op. cit., pp. 2 y 12.

## CONCLUSIONES

### *Primera: Guerra y Paz en lugar de Crimen y Castigo*

La responsabilidad por el déficit concursal es una de las expresiones del cambio de modelo incorporado por las legislaciones concursales española y uruguaya actualmente vigentes. Se abandona el modelo que identifica a la cesación de pagos como un estado patológico que forzosamente conduce a la liquidación del patrimonio del deudor a través de un procedimiento de ejecución colectiva y, si medió dolo de su parte, a un procedimiento penal (quiebra/delito). En su lugar, se pretende instaurar un modelo que considera a la insolvencia como una consecuencia natural y, eventualmente, inevitable de la economía de mercado, que constituiría un riesgo implícito en la actividad empresarial.

En los regímenes concursales sustituidos, la calificación culpable o fraudulenta imponía la remisión de los antecedentes a la justicia penal. Una vez ante esa sede, la quiebra culpable o fraudulenta podía ser considerada como un crimen, dependiendo de la valoración que el juez penal hiciera del comportamiento del deudor.

Las legislaciones concursales actualmente vigentes en España y Uruguay arrastran parte de esa concepción, en la medida que la responsabilidad continúa dependiendo de una calificación *culpable*. Sin embargo, un análisis más detenido de los presupuestos exigidos por esas legislaciones demuestra que, coherentemente con el modelo seguido, se relativiza el sistema de responsabilidad basado en la culpa para asumir otro, de tipo garantista, cuyo objetivo es el restablecimiento del equilibrio roto, que se manifiesta en la existencia de un déficit patrimonial.

La legislación concursal argentina vigente, también, se corresponde con un modelo que pretendió desterrar la vinculación entre quiebra y delito. El método que utilizó para esto fue más radical, en la medida en que ni siquiera se estableció un incidente de calificación del concurso. Sin embargo, se mantuvo la posibilidad de promover acciones de responsabilidad por el daño causado por representantes,

administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia (art. 173 LCA) y de extender la quiebra a los socios ilimitadamente responsables y a otros sujetos (art. 161 LCA).

***Segunda: La conexión entre propiedad y riesgo de insolvencia es sustituida por la conexión entre poder de decisión y riesgo***

Las legislaciones concursales española y uruguayo optan por obligar a la cobertura del déficit patrimonial a quienes toman las decisiones, siempre que se verifiquen determinados presupuestos, sea porque mediante su acción u omisión generaron o agravaron la insolvencia o sea porque su conducta puede ser encuadrada en ciertos supuestos legales, en lugar de extender la situación concursal a los socios (solución argentina).

De esta manera, en las legislaciones concursales española y uruguayo se sustituye la conexión entre la propiedad y el riesgo empresarial, por la conexión al poder de decisión que, modernamente, no se entiende que resida en los socios, sino en quienes tienen a su cargo la función de administración. Se abandona, así, una concepción liberal propia del siglo XIX, a la que permanece aferrada la legislación concursal argentina por vía de la quiebra reflejo.

El Real Decreto-ley 4/2014 al adicionar a los socios como sujetos eventualmente afectados por la calificación del concurso, si bien acotada a hipótesis muy concretas, supone una vuelta a la vinculación entre la propiedad y el riesgo empresarial. No obstante, entendemos que esto no configura más que una excepción dentro del modelo adoptado, encapsulada en una hipótesis muy concreta (negación sin causa razonable a la capitalización de créditos o emisión de valores).

***Tercera: El daño debe repararlo quien realmente toma las decisiones, sin perjuicio de la responsabilidad de quien esté formalmente investido como administrador de derecho***

La expresa inclusión del *administrador de hecho* entre los sujetos que pueden resultar afectados por la calificación culpable y condenados a la cobertura del déficit es una previsión indispensable para el funcionamiento eficaz del sistema de responsabilidad instaurado por las legislaciones española y uruguaya.

La elaboración jurisprudencial del concepto de administrador de hecho no es imposible, tal como lo demuestra la reseña de otros Derechos que hemos realizado en esta tesis. Sin embargo, puede suceder y sucede, por ejemplo, en el ámbito del Derecho societario uruguayo, que ante la ausencia de una referencia legislativa expresa al administrador de hecho los jueces se muestren reticentes en su consideración.

La jurisprudencia española, en cambio, no ha dudado en extender la responsabilidad más allá de aquellos sujetos que formalmente se desempeñan como administradores sociales, de modo de alcanzar tanto a los administradores aparentes como a los ocultos e indirectos. La concepción amplia de administrador de hecho, que compartimos, pone el énfasis en los aspectos sustanciales o funcionales de la definición de administrador, permitiendo la imputación de responsabilidad a quien realmente corresponde y no meramente a su testaferro o a un administrador de derecho sujeto a la influencia determinante de un tercero.

La evolución de la jurisprudencia española no ha parado allí, sino que consolida, cada vez con mayor claridad, una modalidad de administrador de hecho que antes aparecía confundida con la de administrador oculto. Nos referimos al administrador indirecto que aparece ahora con un perfil propio, definido como aquel que no exterioriza formalmente su condición por ninguna vía alternativa, sino que, en forma indirecta, ejerce una influencia que es determinante para la gestión de la sociedad. Esta nueva ampliación del concepto de administrador de hecho permite incluir entre las personas afectadas por la calificación culpable, en nuestra opinión, tanto a las sociedades controlantes, como al socio único e incluso

al Estado y, consecuentemente, evita que eludan la responsabilidad por el déficit concursal que les pudiere corresponder en tanto constituyan quienes realmente tomaron las decisiones que determinaron la generación o agravamiento de la insolvencia de una persona jurídica concursada o la configuración de un supuesto de culpabilidad.

Corresponde reconocer que la previsión expresa de la posibilidad de incluir a los administradores de hecho en la sentencia de calificación constituye un acierto de las legislaciones española y uruguaya. La condena a los administradores de hecho a la cobertura del déficit concursal maximiza la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. Asimismo, tutela intereses generales por la introducción de pautas éticas indispensables, especialmente en lo que respecta a la seguridad del tráfico mercantil y al orden económico. La incorporación de los administradores de hecho al ámbito subjetivo de la norma facilita al juez la imputación de responsabilidades a aquellos sujetos que realmente desempeñan la función de administración.

Si sólo se hubiera previsto la responsabilidad de los administradores de derecho, no se hubiera logrado más que alentar la designación de testaferros. Un sistema de responsabilidades concursales que no abarque a los administradores de hecho, permite que quienes verdaderamente conforman la voluntad social y ejercen en la realidad la función de administración, gocen de impunidad, mediante un recurso tan simple como la designación de testaferros insolventes. Consecuentemente, la responsabilidad concursal de los administradores de hecho permite el funcionamiento efectivo de un sistema de atribución de costes que alcance a quienes realmente dirigen a las sociedades.

Por otra parte, la responsabilidad de los administradores de hecho por el déficit concursal tiene, como efecto indirecto, la promoción temprana u oportuna de los procedimientos concursales. Al administrador de hecho ya no le será indiferente el agravamiento de la situación patrimonial de la sociedad, ni la tardanza en denunciar el estado de insolvencia, por lo que debe instar a quien

aparezca como administrador de derecho a la promoción oportuna del concurso, so pena de que se le haga extensiva la responsabilidad por el déficit concursal.

***Cuarta: Coherencia de la interpretación del Tribunal Supremo con el cambio de modelo de la responsabilidad civil***

La responsabilidad por el déficit concursal es una subespecie de responsabilidad civil. Por ello es natural que la jurisprudencia tienda a interpretar las disposiciones que consagran la responsabilidad por el déficit concursal, teniendo en consideración – aunque esto eventualmente no se haga explícito – la evolución que en general se ha evidenciado en materia de responsabilidad civil.

Consideramos que la jurisprudencia del TS, seguida de buena parte de la jurisprudencia de las AAPP, ha sido coherente en atribuir responsabilidad por cobertura del déficit a los administradores de hecho o de derecho, con independencia de la existencia de nexo causal entre su conducta y la insuficiencia de la masa activa para satisfacer al pasivo concursal. En el mismo sentido que ha evolucionado la responsabilidad civil, la reparación del daño fue entendida como la piedra angular de la responsabilidad por el déficit, en lugar de la culpa de los administradores o de su nexo causal con el daño. Los administradores, en definitiva, deberían asumir el riesgo de insolvencia, una vez que hubieren incumplido con determinados deberes que la legislación constituye como supuestos de responsabilidad.

La reciente modificación del art. 172 bis de la LCE por el Real Decreto-ley 4/2014 supone un claro obstáculo a la interpretación jurisprudencial referida. Es probable que la reforma fuerce a la jurisprudencia a retornar al modelo tradicional de responsabilidad civil, centrado en la culpa y el nexo causal de la actuación de las personas afectadas por la calificación y el daño configurado por la generación o agravamiento de la insolvencia.

***Quinta: Insuficiencia de las soluciones provistas por las legislaciones concursales española y uruguaya para una tutela eficaz de los acreedores***

**1. La responsabilidad por el déficit no alcanza a todos los casos de insuficiencia patrimonial**

Puesto que el presupuesto de la responsabilidad concursal de los administradores es la existencia de un daño directo a la sociedad e indirecto a los acreedores (por la generación o agravamiento del estado de insolvencia), y ese daño se puede producir cualquiera sea el convenio al que se haya arribado, lo congruente hubiera sido que la responsabilidad jugase en todas las hipótesis de concurso.

**2. Indeterminación de los parámetros que orientan la extensión de la eventual condena**

Las soluciones legales vigentes en relación a la condena son, también, cuestionables. Ni la legislación española ni la uruguaya proveen criterios para la determinación del *quantum* de la condena, limitándose a establecer que puede abarcar el déficit concursal total o parcialmente. Por lo tanto, el juez deberá atender al grado de responsabilidad de cada director en el daño causado, lo que agrega una nota de subjetividad especial.

**3. Agravamiento de las exigencias para que se pueda decretar un embargo preventivo**

La posibilidad de decretar un embargo preventivo plantea algunas dudas, en especial respecto a la acumulación de las exigencias de la legislación procesal en materia de medidas cautelares y respecto a la necesidad de acreditar que es posible la existencia de un nexo causal entre la conducta de la persona contra quien se quiere trabar el embargo y la generación o el agravamiento de la insolvencia.

Respecto de la primera cuestión, en nuestra opinión, no existe ninguna necesidad de agregar a las exigencias del art. 48 ter de la LCE o de los 24 y 25 de

la LC, las previstas en las respectivas legislaciones procesales. No estamos ante situaciones de vacío legal que lo justifiquen. La normativa concursal exime al juez de relevar la existencia de los presupuestos que exige la normativa procesal general, siempre que se den los presupuestos que la legislación especial requiere.

Respecto de la segunda cuestión, admitimos que la redacción del art. 48 ter de la LCE, al sustituir la exigencia de que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso «*se califique como culpable*», por la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo «*sean condenadas a la cobertura del déficit*», genera legítimas dudas. Además, la nueva redacción del art. 172 bis de la LCE, también, contribuye a considerar que al solicitar el embargo se debe demostrar la existencia de un nexo causal entre la conducta que podría determinar la calificación culpable y la generación o agravamiento de la insolvencia.

No obstante, consideramos que la exigencia de que resulte fundada la posibilidad de una condena no puede suponer una demostración acabada de cada uno de los elementos que determinarán esa condena. Elevar hasta ese punto el estándar de exigencia para adoptar la medida cautelar implica imposibilitar su adopción al declararse el concurso o poco después de esa declaración, cuando es muy poco probable que el juez o la administración concursal cuenten con elementos que sólo surgirán en el devenir del proceso. Tales interpretaciones, en la medida que privan de real eficacia a las disposiciones legales, en nuestra opinión, deben ser desechadas.

#### **4. Limitaciones en cuanto a la legitimación de los acreedores para obtener una efectiva tutela jurisdiccional por el daño que se les haya causado**

En cuanto a la *acción individual* de responsabilidad contra administradores por daños basada en la legislación societaria, la doctrina la ha considerado compatible con la responsabilidad concursal, siempre que no sea utilizada para reclamar el daño reflejo que le provoca a un acreedor el déficit patrimonial de la sociedad. Ciertamente es que si un acreedor tiene éxito con la acción individual y obtiene un resarcimiento directo por parte de los administradores, eventualmente

el patrimonio de los administradores condenados puede agotarse en la satisfacción del crédito de dicho acreedor. En ese caso, la obtención de una sentencia de condena a la cobertura del déficit resultaría ineficaz, quedando irremediadamente afectada la *pars conditio creditorum*.

La reforma incorporada por la Ley 38/2011 no introduce modificaciones en este aspecto, por lo cual debe entenderse ratificada la posibilidad de que un acreedor accione contra administradores por el daño directamente causado a su patrimonio. Sólo las acciones de responsabilidad «*de la persona jurídica*» contra los administradores, liquidadores o auditores, corresponderán «*exclusivamente*» a la administración concursal (art. 48 ter).

En cuanto a la *acción social* de responsabilidad por daño a la sociedad el problema de su concurrencia con la responsabilidad por el déficit concursal es más evidente, puesto que la condena que eventualmente se obtenga en función de ambas responsabilidades resarcirá dos veces el daño causado por un mismo hecho (la generación o agravamiento de la insolvencia). De ahí que tanto la LCE como la LC han provisto disposiciones con el objetivo de compatibilizarlas. En ese sentido, la atribución de competencia al Juzgado con jurisdicción concursal y la legitimación a la administración concursal son soluciones correctas, que reciben la unánime aprobación de la doctrina.

Sin embargo, compartimos la opinión de la doctrina española que ha criticado la última reforma en cuanto a que el solapamiento entre las dos responsabilidades es sólo aparente debido a su diferente función: indemnizatoria la acción social y sancionadora o de garantía la responsabilidad por el déficit. Luego, la eventualidad de una doble condena en favor de la masa activa no nos parece argumento suficiente, en la medida en que el incremento de la masa se puede deber, también, al resultado de otras acciones como, por ejemplo, las acciones de reintegración concursal, sin que por esto se haya invocado un problema de coordinación, ni solapamiento alguno.

Si se obtiene una sentencia de condena por el total del déficit antes que una condena originada en el ejercicio de la acción social de responsabilidad, necesariamente se eliminaría la posibilidad de condenar por esta última, pues ya no existiría daño a resarcir. Si se alcanza primero una condena en virtud de la acción social de responsabilidad que complementa el activo de modo que alcance para satisfacer a todo el pasivo, tampoco procederá una condena al pago del déficit, puesto que la existencia de éste es un presupuesto de la calificación culpable del concurso y, por ende, de la condena a la cobertura del déficit (que ya no existiría). La posibilidad que acabamos de señalar, más allá de tratarse de una mera eventualidad – aunque probable – no nos parece que genere un problema especial de coordinación que no pueda ser relevado eficientemente por el juez competente. A esos precisos efectos es que ambas legislaciones concursales le atribuyen competencia para entender en las acciones sociales de responsabilidad.

Lo que es ciertamente cuestionable, en nuestra opinión, es que se le atribuya esa legitimación *exclusivamente* a la administración concursal, como sucede en el caso de la LCE (art. 48 *quater*), por obra de la reforma incorporada por la Ley 38/2011. La solución derogada de la LCE, que coincide en esto con lo que dispone la LC, habilitaba el ejercicio subsidiario de la acción social por los acreedores, lo que constituye una vía imprescindible para el caso de omisión de la administración concursal. Los acreedores son los principales interesados en el éxito de una acción social de responsabilidad cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, por lo que puede ser comprensible que el primer legitimado sea el administrador concursal. No obstante, privarle de la legitimación subsidiaria no parece suficientemente justificado.

En ocasiones, la acción social de responsabilidad es la única vía que le resta a los acreedores para lograr que los administradores sociales resarzan el daño causado a la sociedad e indirectamente obtener el cobro de sus créditos. Es bien claro, por ejemplo, que en virtud de lo dispuesto expresamente por el art. 172 bis de la LCE, la condena por el déficit no procede si la sección de calificación no fue formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Esto no significa, sin embargo, que los administradores no puedan

haber actuado sin la diligencia de un ordenado empresario (art. 225 LSCE), provocando o agra-vando la insolvencia de la sociedad, daño que puede ser reparado en función de la acción prevista en el art. 236 de la LSCE.

Lo mismo sucede en la legislación uruguaya en los supuestos en que los administradores no fueren condenados a la cobertura del déficit porque no les sea atribuible culpa grave o dolo (pero sí les fuere atribuible no haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios)<sup>2220</sup>, ni se configurasen las presunciones o supuestos legales de responsabilidad por el déficit; o cuando, por cualquier causa, los créditos de los acreedores no deban integrar la masa pasiva del concurso. En esas hipótesis, no procede la condena a la cobertura del déficit concursal, pero sí podría tener éxito una acción social de responsabilidad, por lo cual resulta valioso que la acción social de responsabilidad pueda ser ejercida por los acreedores.

Lo dicho no excluye que la cuestión merezca un tratamiento legislativo especial y que la promoción de una acción social de responsabilidad contra los administradores sociales deba ser seguida muy de cerca por el administrador concursal y tenida en cuenta en la sección de calificación. Estimamos que lo dispuesto por la LC es acertado, sin perjuicio de que la práctica nos demuestre – como es habitual – que pueda ser mejorable en algún aspecto.

Como contrapartida, corresponde recordar que si existieren administradores de hecho, puede ser más conveniente para un acreedor comparecer en el incidente de calificación a denunciar hechos relevantes para la calificación, aportando prueba e instando la condena a la cobertura del déficit que promover una acción social de responsabilidad. Tal como fue señalado al analizar el régimen aplicable en la acción social de responsabilidad, salvo la excepción de aquellas sociedades con objeto o causa ilícita, en la legislación uruguaya no está previsto

---

<sup>2220</sup> Recordamos que en la responsabilidad por el déficit concursal se excluyen los supuestos de mera culpa o culpa leve y que, en cambio, en el caso de la responsabilidad social se responde, también, por la falta de la diligencia exigible a un buen hombre de negocios.

expresamente que la responsabilidad pueda alcanzar al administrador de hecho, ni la jurisprudencia es proclive a extender la responsabilidad a quien de hecho administra una sociedad.

En lo que respecta a la *responsabilidad por deudas*, también y aun con mayor intensidad, se plantea la eventualidad de la concurrencia de un mismo supuesto de hecho. Esto se evidencia en el incumplimiento de los deberes cuyo incumplimiento se prevé en el art. 367 de la LSC: el deber de convocar a la junta general para que adopte el acuerdo de disolución en caso de acaecimiento de causa legal para ello y el deber de solicitar judicialmente la disolución o el concurso de la sociedad cuando la junta no se haya constituido o su acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. Los primeros no sólo configuran la conducta que amerita, por sí, la promoción de la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad sino que, a la vez, especialmente si la disolución fuere por pérdidas, puede haber implicado un agravamiento culpable de la insolvencia que justifique la calificación culpable del concurso y la condena a la cobertura del déficit. Con mayor claridad, todavía, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso se identifica con la presunción de dolo o culpa grave prevista en el art. 165.1º de la LCE.

Puesto un acreedor en la disyuntiva de promover una acción de responsabilidad por deudas sociales o instar una calificación culpable del concurso y la condena por el déficit, pareciera que le sería mucho más conveniente la primera opción, por el automatismo derivado de que existe consenso en que no necesitará acreditar ni la culpa del administrador, ni el nexo causal con la generación o agravación de la insolvencia. Además, en el caso de la responsabilidad por deudas sociales, la responsabilidad de los administradores es solidaria, mientras que la responsabilidad por el déficit no.

Esa alternativa ha sido bloqueada en la LCE vigente, que impide el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales a partir de la declaración de concurso y hasta su conclusión, así como la suspensión de los procedimientos ya iniciados en virtud de dicha acción. Se ha quitado así un instrumento muy valioso

para los acreedores, a nuestro parecer sin mayor justificación, según se expuso al analizar la responsabilidad por deudas.

***Sexta: La extensión de la quiebra a socios ocultos es potencialmente útil, indirectamente, para hacer llegar la responsabilidad por el déficit al administradores de hecho***

Para bien o para mal, la legislación argentina permanece apegada a las soluciones que tradicionalmente se encontraban incorporadas a nuestros códigos, a saber: la extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables y la responsabilidad concursal por daño de los administradores. Ninguno de esos instrumentos, en principio, está dirigido expresamente a alcanzar a los administradores de hecho.

Según se expuso, alguna doctrina argentina considera que la responsabilidad concursal por daño prevista en la LCA podría afectar a los administradores de hecho, en virtud de una interpretación extensiva de lo dispuesto en el § 1 de su art. 173. Sin embargo, el ejercicio de esta acción está plagado de obstáculos para el síndico y peor aún para los acreedores. En general, se limita la responsabilidad a casos de dolo y, como en toda responsabilidad por daño, se requiere la comprobación del nexo causal entre la actuación de los administradores y el perjuicio a los acreedores. Se impone al síndico la obtención de una autorización previa por parte de la mayoría de los acreedores y el otorgamiento de caución. La legitimación de los acreedores es subsidiaria. No se incentiva de modo alguno el accionamiento por parte de acreedores; al contrario, eventualmente, también debe prestar caución y litigar a su entero costo. La poca utilidad de esta acción resulta comprobada por las poquísimas sentencias que se han dictado a este respecto.

Respecto a la extensión de la quiebra, puesto que ésta se extiende a todos los socios ilimitadamente responsables, alcanza a los socios ocultos, que son una categoría expresamente prevista en la legislación societaria argentina y, también, en la uruguaya. La atribución de la condición de socio oculto no es sencilla, razón por la cual la jurisprudencia argentina admite que se determine en función de

presunciones y sucede que suele considerarse que la realización efectiva de la gestión social permite presumir que un determinado sujeto es un socio oculto. Por esta vía, si se quiere oblicua, se llega a un resultado similar al que logran las legislaciones española y uruguaya al atribuir al administrador de hecho la responsabilidad por el déficit concursal, con mucha mayor facilidad que promoviendo la acción concursal de responsabilidad por daño prevista en la LCA.

Paradójicamente, por la vía de responsabilizar al administrador de hecho las legislaciones española y uruguaya permiten responsabilizar indirectamente al socio oculto, pues muchas veces la persona que se califica como administrador de hecho es, al mismo tiempo, un socio oculto. Entonces, queda en evidencia que, a pesar de las enormes diferencias conceptuales y de política legislativa entre, por un lado, la extensión de la quiebra y la responsabilidad por el déficit concursal y, por otro lado, el socio oculto y el administrador de hecho, la jurisprudencia de cada país se ha valido de los instrumentos que la legislación respectiva le ha facilitado para imputar al *dominus negotii* la obligación de resarcir a los acreedores por el pasivo impago en situaciones de insolvencia.

En el fondo, lo que parece surgir del estudio de las diversas soluciones que se presentan en Derecho comparado es que la jurisprudencia y la doctrina de cada país, seguida y apuntalada por las respectivas legislaciones, buscan los instrumentos para lograr que las sociedades no sean utilizadas para eludir los pasivos que genera la actividad empresarial y que las consecuencias de la insolvencia no sean sufridas únicamente por los acreedores, mientras que los empresarios ocultos o quienes condujeron a la sociedad a esa situación salen indemnes. Entonces, figuras que aparentemente no tienen vinculación alguna entre sí, como la atribución de responsabilidad por el déficit concursal en aquellos casos en que el concurso sea calificado como culpable y la extensión de la quiebra, acaban siendo instrumentos alternativos para alcanzar la solución que cada Derecho considera justa o de mayor eficiencia a los efectos de la tutela del crédito.

*Séptima: Consideraciones de política legislativa y de lege ferenda*

En el sentido de destacar y desarrollar aquellas soluciones valiosas para el interés de los acreedores y demás intereses tutelados por la legislación concursal, consideramos comprobado en esta tesis que la extensión de la responsabilidad por el déficit concursal al administrador de hecho es una decisión acertada del legislador, pues obliga a la cobertura del descubierto patrimonial a las personas que realmente tomaron las decisiones que generaron o agravaron la insolvencia.

Más allá de las cuestiones técnicas sobre la que hemos presentado algunas conclusiones en los párrafos precedentes, deben ser valoradas consideraciones de oportunidad y política legislativa. Desde este punto de vista, la tendencia a recargar de deberes, prohibiciones y responsabilidades a los administradores, podría llegar a tener efectos indeseables. Es evidente que la administración social se ha convertido en una profesión de riesgo, siendo cada vez más difícil que personas capaces y solventes admitan constituirse como administradoras. Quienes toman ese riesgo se ven alentados a buscar mecanismos que eliminen o atenúen los efectos adversos que podrían llegar a sufrir en sus propios patrimonios, sea contratando seguros que les den cobertura o, eventualmente, constituyendo sociedades cuyo objeto social sea el ejercicio de la actividad de gestión y representación de otras sociedades.

Sin perjuicio de lo expresado, no queda claro que los mecanismos previstos en nuestras legislaciones sean los apropiados o que hayan sido correctamente diseñados. Pese al evidente interés que despierta la responsabilidad por el déficit concursal y la extensión de esa responsabilidad a los administradores de hecho, llama la atención el reducido número de concursos declarados como culpables y el todavía menor número de condenas a la cobertura por el déficit a administradores de hecho.

En particular, destacamos que tanto en la legislación española como en la uruguaya, el talón de Aquiles de un efectivo funcionamiento del sistema ideado para responsabilizar a los administradores se encuentra en la legitimación de los

acreedores. En ambas legislaciones se ha retaceado su legitimación injustificadamente, a nuestro juicio, a pesar de ser los principales interesados en que la masa activa se vea acrecentada mediante acciones de responsabilidad.

En cuanto a la legitimación para comparecer en la sección o incidente de calificación, la legislación española pareciera, en principio, más adecuada que la uruguaya, en tanto admite expresamente que los acreedores comparezcan en calidad de partes. Sin embargo, el reconocimiento de la calidad de parte es meramente nominal o por lo menos está vaciado de su principal contenido, que consiste en ser considerado por el juez a los efectos de la determinación de la calificación. Según se señaló, si la administración concursal y el MF coinciden en calificar al concurso como fortuito, es indiferente que los acreedores hayan propuesto la calificación culpable y todo el esfuerzo argumentativo y probatorio que pudieren haber desplegado; el juez, por imperativo legal, debe ordenar el archivo de las actuaciones y contra ese auto no cabe recurso alguno (art. 170.1 LCE).

Lo mismo sucede en la legislación uruguaya, aunque sin atribuir a los acreedores una calidad de parte. En la LC, al menos en los términos literales de su art. 197, se habilita la participación de los acreedores meramente a denunciar hechos relevantes para la calificación culpable. Luego, ni siquiera se prevé que se les de noticia del informe del síndico o del interventor, ni del dictamen del MP (art. 198). Pero lo más importante es que ambas legislaciones coinciden en que la calificación del concurso como fortuito obliga al juez a ordenar el archivo de las actuaciones (art. 199).

El mismo retaceo de la legitimación de los acreedores se reitera en cuanto al embargo previsto en ambas legislaciones concursales, a pesar de ser ellos los principales interesados en asegurar el resultado de una eventual sentencia condenatoria a la cobertura del déficit. En la LC el embargo preventivo de bienes y derechos de los eventuales afectados por la calificación culpable del concurso está previsto que lo disponga el juez, pero nada dice respecto de quiénes estarían legitimados para solicitarlo (art. 24). En la LCE, al menos, se prevé que lo pueda

solicitar la administración concursal (art. 48 ter), pero se omite la legitimación a los principales interesados: los acreedores.

En cuanto a la acción social de responsabilidad, la legislación española ha evolucionado, a nuestro entender, en el sentido errado. La atribución de legitimación exclusiva a la administración concursal - so pretexto de la coordinación de esta acción con la situación concursal - supone negar otra herramienta a los acreedores, que sólo podría traer beneficios a la masa activa del concurso. En este aspecto la LC ha mantenido la legitimación subsidiaria de los acreedores.

Respecto a la acción individual de responsabilidad el legislador no se ha inmiscuido, por lo que es evidente que los acreedores mantienen su legitimación. Esto es correcto desde el punto de vista teórico, pero desde el punto de vista práctico es evidente que si el acreedor obtiene una sentencia favorable antes de que se pronuncie una condena a la cobertura del déficit concursal, podría culminar vaciando el patrimonio de los administradores de la concursada, en su único beneficio.

En definitiva, las soluciones que actualmente contienen la LCE y la LC en materia de legitimación son francamente inconvenientes, constituyéndose en una de las explicaciones por las cuales muy pocos concursos son calificados culpables, pocos incidentes de calificación culminan en una condena por el déficit y en escasas ocasiones la condena alcanza a los administradores de hecho (en el caso de Uruguay, sólo ha habido hasta ahora tres casos en que se responsabilizó a administradores de hecho).

En lo que respecta a Uruguay, en nuestra opinión, esto no se debe a una resistencia de los jueces a calificar culpables los concursos o a condenar en toda la extensión que la LC permite, sino a la omisión de los propios síndicos, que por razones que no puedo determinar con precisión, prefieren proponer la calificación fortuita del concurso aun frente a casos de evidente culpabilidad. En cuanto

al MP, se limita a acompañar la propuesta del síndico o el interventor, sea cual sea ésta.

Si se pretende dinamizar el sistema de responsabilidad de los administradores en situación concursal vigente en España y Uruguay, en nuestra opinión, se debe comenzar por dar la mayor legitimación posible a quien tiene el mayor interés en que se hagan efectivas las responsabilidades que corresponden: los acreedores. Esta legitimación no tiene por qué desplazar a la atribuida a la administración concursal; por el contrario, entendemos que sería un factor de motivación para esa administración, que no podría permanecer pasiva a la vista del impulso de los acreedores.

Contribuiría a una más eficiente tutela del crédito que, tal como prevé la legislación española en los casos en que un acreedor ejercita con éxito acciones del concursado de carácter patrimonial o promueve subsidiariamente acciones de reintegración (art. 72 LCE) que, en determinadas condiciones, los gastos y costas en que hubieran incurrido les sean reembolsados (art. 54.4 LCE) o, mejor aún, que al acreedor gracias al cual se obtuviera la cobertura efectiva del déficit concursal se viera premiado por un privilegio general, tal como sucede con el acreedor instante (art. 91, n° 7, LCE y art. 110, n° 3, LC). En ese mismo sentido, el art. 52 de la LC prevé que los acreedores que promovieren subsidiariamente la acción social de responsabilidad, de obtener una sentencia condenatoria, les sea reembolsados los gastos y se le satisfaga el cincuenta por ciento del crédito que no hubieran percibido en el concurso, con cargo a la indemnización obtenida.

Lo expresado no pretende alentar discusiones bizantinas, ni negar la conveniencia de las soluciones ya consagradas. Sin embargo, señalamos que algunas de esas soluciones son mejorables, por lo que tenemos por delante un largo camino hasta que se logren establecer, no sólo criterios claros que orienten la potestad discrecional de los jueces en esta materia, sino herramientas que permitan plasmar en forma eficiente las disposiciones ya existentes en materia de responsabilidad de administradores de hecho y de derecho, en un sentido coherente con los intereses tutelados por la legislación concursal.

## *Anexos*

### **Jurisprudencia española citada**

#### *Tribunal Constitucional*

STC, Sala 1<sup>a</sup>, n° 18 de 13 de febrero de 2012 (*RTC* 2012\18)

STC, Sala 1<sup>a</sup>, n° 214 de 18 de setiembre de 2000 (*RTC* 2000\214)

STC, Sala 2<sup>a</sup>, n° 187 de 10 de julio de 2000 (*RTC* 2000\187)

#### *Tribunal Supremo*

##### **2014**

STS n° 174 de 27 de marzo de 2014 (*ROJ* 1228\2014)

STS n° 122 de 1 de abril de 2014 (*ROJ* 1368\2014)

##### **2013**

STS n° 590 de 15 de octubre (*ROJ* 5186\2013)

STS n° 497 de 29 de julio (*ROJ* 4096\2013)

STS n° 343 de 24 de mayo (*ROJ* 3014\2013)

STS n° 74 de 28 de febrero (*RJ* 2013\4593)

STS n° 29 de 12 de febrero (*RJ* 2013\4934)

##### **2012**

STS n° 744 de 20 de diciembre (*RJ* 2013\1623)

STS n° 738 de 13 de diciembre (*RJ* 2013\1249)

STS n° 721 de 4 de diciembre (*RJ* 2013\2405)

STS n° 699 de 14 de noviembre (*RJ* 2013\1614)

STS n° 459 de 19 de julio (*RJ* 2012\9000)

STS n° 501 de 16 de julio (*RJ* 2012\9330)

STS n° 368 de 20 de junio (*ROJ* 4589\2012)

STS n° 298 de 21 de mayo (*RJ* 2012\6537)

STS n° 255 de 26 de abril (*RJ* 2012\6010)

STS n° 259 de 20 de abril (*RJ* 2012\5910)

STS n° 142 de 21 de marzo (*RJ* 2012\5265)

STS n° 138 de 20 de marzo (*ROJ* 1924\2012)

STS n° 994 de 16 de enero (*RJ* 2012\3649)

### **2011**

STS n° 614 de 17 de noviembre (*RJ* 2012\3368)

STS n° 644 de 6 de octubre (*RJ* 2012\1084)

STS n° 615 de 12 de setiembre (*RJ* 2011\6416)

STS n° 56 de 23 de febrero (*RJ* 2011\2475)

### **2010**

STS n° 227 de 22 de abril (*RJ* 2010\3545)

### **2009**

STS n° 826 de 21 de diciembre (*RJ* 2010\297)

STS n° 240 de 14 de abril (*RJ* 2009\2897)

STS n° 79 de 4 de febrero (*RJ* 2009\1364)

### **2008**

STS n° 895 de 3 de octubre (*RJ* 2008\5591)

STS n° 409 de 14 de mayo (*RJ* 2008\3075)

STS n° 228 de 25 de marzo (*RJ* 2008\4353)

STS n° 207 de 14 de marzo (*RJ* 2008\4463)

STS n° 55 de 8 de febrero (*RJ* 2008\2664)

**2007**

- STS n° 953 de 26 de setiembre (*RJ* 2007\5446)
- STS n° 760 de 4 de julio (*RJ* 2007\4957)
- STS n° 501 de 7 de mayo (*RJ* 2007\3405)
- STS n° 378 de 9 de abril (*RJ* 2007\2411, *VLEX* 29565827)
- STS n° 261 de 14 de marzo (*RJ* 2007\1793)
- STS de 8 de marzo (*RJ* 2007\4615)
- STS de 8 de marzo (*RJ* 2007\1526)
- STS n° 138 de 20 de febrero (*RJ* 2007\2069)
- STS de 7 de febrero (*RJ* 2007\781)
- STS de 31 de enero (*RJ* 2007\781)

**2006**

- STS de 22 de noviembre (*RJ* 2007\35)
- STS de 9 de octubre (*RJ* 2006\6463)
- STS de 5 de octubre (*RJ* 2006\6507)
- STS de 26 de junio (*RJ* 2006\3747)
- STS de 26 de mayo (*RJ* 2006\3319)
- STS de 26 de mayo (*RJ* 2006\3052)
- STS de 28 de abril (*RJ* 2006\4111)
- STS de 28 de abril (*RJ* 2006\4087)
- STS de 6 de abril (*RJ* 2006\1892)
- STS n° 234 de 24/3/2004 (*RJ* 2004/2066)
- STS n° 314 de 23 de marzo (*RJ* 2006\1596)
- STS n° 255 de 22 de marzo (*RJ* 2006\4896)

STS n° 195 de 9 de marzo (*RJ* 2006\5523)

STS n° 227 de 9 de marzo (*RJ* 2006\1072)

STS n° 118 de 16 de febrero (*RJ* 2006\2934)

STS n° 1055 de 9 de enero (*RJ* 2006\199)

### **2005**

STS n° 91 de 24 de noviembre (*RJ* 2005\7856)

STS n° 687 de 23 de setiembre (*RJ* 2005\6742)

STS n° 545 de 12 de julio (*RJ* 2005\5277)

STS n° 516 de 20 de junio (*RJ* 2005\6426)

STS n° 206 de 22 de marzo (*ROJ* 1782\2005)

STS n° 101 de 2 de febrero (*ROJ* 971/2005)

### **2004**

STS n° 995 de 27 de octubre (*RJ* 2005\7042)

STS n° 852 de 14 de julio (*RJ* 2004\4672)

STS n° 328 de 7 de mayo (*ROJ* 3107/2004)

STS n° 284 de 14 de abril (*RJ* 2004\2624)

STS n° 234 de 24 de marzo (*ROJ* 2028\2004)

STS n° 222 de 22 de marzo (*RJ* 2004\1661)

STS de 1 de marzo (*RJ* 2004\802)

STS de 23 de febrero (*RJ* 2004\1138)

### **2003**

STS de 20 de octubre (*RJ* 2003\7513)

STS de 26 de mayo (*RJ* 2003\3926)

STS n° 482 de 19 de mayo (*RJ* 2003\5213)

**2002**

STS de 14 de noviembre (*RJ* 2002\9762)

STS n° 1828 de 25 de octubre (*RJ* 2002\10461)

STS de 18 de julio (*RJ* 2002\6256)

STS n° 693 de 8 de julio (*RJ* 2002\5902)

STS n° 531 de 31 de mayo (*RJ* 2002\4579)

STS de 25 de abril (*RJ* 2002\4159)

STS n° 80 de 1 de febrero (*RJ* 2002\2879)

**2001**

STS n° 101 de 2 de noviembre (*RJ* 2001\9643)

STS n° 828 de 24 de setiembre (*RJ* 2001\7498)

STS n° 803 de 30 de julio (*RJ* 2001\6632)

STS n° 776 de 20 de julio (*ROJ* 6416\2001 y *RJ* 2001\6865)

STS n° 749 de 20 de julio (*RJ* 2001\6863)

STS n° 450 de 8 de mayo (*RJ* 2001\7381)

STS n° 336 de 5 de abril (*RJ* 2001\4783)

**2000**

STS n° 1203 de 20 de diciembre (*RJ* 2000\10130)

STS n° 977 de 30 de octubre (*RJ* 2000\9909)

STS n° 967 de 17 de octubre (*RJ* 2000\8046)

STS n° 331 de 28 de marzo (*RJ* 2000\1783)

STS n° 109 de 16 de febrero (*RJ* 2000\679)

STS n° 36 de 31 de enero (*RJ* 2000\65)

**1999**

STS n° 866 de 22 de noviembre (*RJ* 1999\9047)

STS n° 3594 de 2 de julio (*RJ* 1999\4900)

STS n° 509 de 7 de junio (*RJ* 1999\1596)

STS n° 456 de 22 de mayo (*RJ* 1999\3478)

STS n° 348 de 29 de abril (*RJ* 1999\8697)

STS n° 107 de 12 de febrero (*RJ* 1999\654)

**1998**

STS n° 1019 de 9 de noviembre (*RJ* 1998\8592)

STS n° 506 de 30 de mayo (*RJ* 1998\4075)

STS n° 948 de 26 de mayo (*RJ* 1998\4004)

STS n° 288 de 31 de marzo (*RJ* 1998\2039)

STS n° 272 de 20 de marzo (*RJ* 1998/1712)

**1997**

STS n° 3223 de 30 de diciembre (*RJ* 1997\9192)

STS de 21 de noviembre (*RJ* 1997\8095)

STS de 5 de noviembre (*RJ* 1997\7933)

STS n° 920 de 25 de octubre (*RJ* 1997\7359)

STS de 20 de octubre (*RJ* 1997\7274)

STS n° 290 de 9 de abril (*RJ* 1997\2875)

**1996**

STS n° 883 de 31 de octubre (*RJ* 1996\7728)

STS n° 735 de 25 de setiembre (*RJ* 1996/6656)

STS de 14 de mayo (*RJ* 1996/3907)

**1995**

STS n° 626 de 22 de junio (*RJ* 1995/5179)

**1994**

STS n° 358 de 22 de abril (*RJ* 1994/3084)

**1992**

STS n° 512 de 21 de mayo (*ROJ* 4066\1992)

**1991**

STS de 26 de diciembre (*RJ* 1991/9604)

STS de 4 de noviembre (*RJ* 1991/8143)

**1990**

STS de 13 de febrero (*RJ* 1990/681)

***Audiencias Provinciales***

**2013**

SAP de Valencia, Sec. 9<sup>a</sup>, n° 225 de 25 de setiembre (*JUR* 2013\352780)

SAP de Córdoba, Sec. 3<sup>a</sup>, n° 100 de 20 de mayo (*JUR* 2013\332016)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 219 de 22 de mayo (*JUR* 2013\341789)

SAP de Murcia, Sec. 4<sup>a</sup>, n° 325 de 16 de mayo (*AC* 2013\147)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 195 de 13 de mayo (*JUR* 2013\221308)

SAP de Guadalajara, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 334 de 5 de marzo (*JUR* 2013\137805)

SAP de Valladolid, Sec. 3<sup>a</sup>, n° 45 de 18 de febrero (*JUR* 2013\126445)

SAP de A Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n° 41 de 7 de febrero (*AC* 2013\906)

SAP de Lleida, Sec. 2<sup>a</sup>, n° 36 de 24 de enero (*JUR* 2013\86337)

SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, n° 34 de 22 de enero (*AC* 2013\881)

## 2012

- SAP de Salamanca, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 698 de 28 de diciembre (*JUR* 2013\35989)
- SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 497 de 7 de diciembre (*JUR* 2013\40901)
- SAP de La Rioja, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 395 de 3 de diciembre (*JUR* 2013\9978)
- SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 432 de 26 de julio (*JUR* 2012\290040)
- SAP de Orense, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 293 de 29 de junio (*AC* 2012\536)
- AAP de Madrid, Sec. 28, n<sup>o</sup> 68 de 27 de abril (*JUR* 2012\210581)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, n<sup>o</sup> 155 de 24 de abril (*AC* 2013\961)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, n<sup>o</sup> 154 de 23 de abril (*JUR* 2012\176693)
- SAP de Madrid, Sec. 28, n<sup>o</sup> 81 de 9 de marzo (*JUR* 2012\209004)
- SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 78 de 22 de febrero (*JUR* 2012\114328)
- SAP de Barcelona, Sec., 15, n<sup>o</sup> 18 de 25 de enero (*AC* 2012\629)
- SAP de Barcelona, Sec., 15, n<sup>o</sup> 16 de 20 de enero (*JUR* 2012\159412)
- SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, de 20 de enero (*AC* 2012\286)
- SAP de Valladolid, Sec. 3<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 3 de 10 de enero (*JUR* 2012\43817)

## 2011

- SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, de 15 de diciembre (*AC* 2011\235)
- SAP de Madrid, Sec. 28, de 16 de setiembre (*JUR* 2011\388289)
- SAP de La Rioja, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 275 de 9 de setiembre (*JUR* 2011\345165)
- SAP, Sec. 5<sup>a</sup>, de Zaragoza n<sup>o</sup> 472 de 15 de julio (*JUR* 2011\317430)
- SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 312 de 6 de julio (*JUR* 2011\319319)
- SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 282 de 30 de junio (*JUR* 2011\331777)
- SAP de Madrid, Sec. 28, n<sup>o</sup> 203 de 17 de junio (*JUR* 2011\289858)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, n<sup>o</sup> 266 de 16 de junio (*JUR* 2011\362207)
- SAP de Pontevedra, Sec. 1, de 7 de marzo (*AC* 2011\989)

SAP de Vizcaya, Sec. 4, de 17 de febrero (*ADCo* 24, 2011, p. 413)

SAP de Palma, Sec. 5, de 16 de febrero (*ADCo* 24, 2011, p. 413)

SAP de Pontevedra, Sec. 1, n° 32 de 25 de enero (*JUR* 2011\118041)

## 2010

SAP de Madrid, Sec. 28, n° 268 de 3 de diciembre (*AC* 2011\1861)

SAP de Madrid, Sec. 28, n° 269 de 3 de diciembre (*JUR* 2011\63253)

SAP de Zaragoza, Sec. 5, n° 606 de 25 noviembre (*AC* 2011\74)

SAP de León, Sec. 1ª, n° 424 de 17 de noviembre (*AC* 2010\2160)

SAP de Zaragoza, Sec. 5, de 18 de octubre (*AC* 2010\1798)

SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 4 de octubre (*ADCo* 2011-2, p. 395)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 295 de 4 de octubre (*JUR* 2011\83082)

SAP de León, Sec. 1ª, n° 347 de 20 de setiembre (*JUR* 2010\354772)

SAP de Madrid, Sec. 28, n° 206 de 17 de setiembre (*ROJ* 2010\386786)

SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 13 de setiembre (*ADCo* 2011-2, pp. 391 y 392)

SAP de Madrid, Sec. 28, n° 203 de 10 de setiembre (*JUR* 2010\387162)

SAP de Cáceres de 29 de abril (*AC* 2010\1020)

SAP de Baleares, Sec. 5ª, n° 151 de 21 de abril (*JUR* 2010\233142)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 5 de febrero (*JUR* 2010\135269)

SAP de Madrid, Sec. 28, n° de 15 de octubre (*JUR* 2010\106427)

SAP de Lleida, Sec. 2, de 4 de enero (*AC* 2010\318)

## 2009

SAP de Madrid, Sec. 28, n° 294 de 4 de diciembre (*JUR* 2010\69720)

SAP de Barcelona, Sec. 15, de 30 de octubre (*ROJ* 2010\78605)

SAP de León, Sec. 1ª, de 13 de octubre (*JUR* 2009\468889)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 2 de octubre (*JUR* 2010/4900)

SAP de Jaen, Sec. 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 189 de 25 de setiembre (*AC* 2009\2049)

SAP de Murcia, de 30 de julio (*AC* 2009\1956)

SAP de Madrid, de 21 de julio (*ROJ* 2009\472153)

SAP de Córdoba, Sec. 3<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 123 de 29 de junio (*AC* 2009\1765)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 26 de junio (*AC* 2009\2065)

SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 313 de 26 de junio (*AC* 2009\1742)

SAP de Pontevedra, Sec. 1<sup>a</sup>, de 27 de mayo (*AC* 2009\1577)

SAP de Granada, Sec. 3<sup>a</sup>, de 15 de mayo (*AC* 2009\1091)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 8 de mayo (*JUR* 2009\472939)

SAP de Barcelona, Sec. 15, de 27 de marzo (*ROJ* 2009\411331)

SAP de Madrid, Sec. 28, n<sup>o</sup> 62 de 24 de marzo (*AC* 2009\771)

SAP de Barcelona, Sec. 15, de 17 de marzo (*AC* 2009\513)

SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, de 12 de marzo (*JUR* 249493)

SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, de 11 de marzo (*JUR* 2009\249587)

SAP de Madrid, Sec. 28, n<sup>o</sup> 51 de 6 de marzo (*JUR* 2009\236331)

SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, de 24 de febrero (*JUR* 2009\250974)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 30 de enero (*AC* 2009\294)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n<sup>o</sup> 50 de 30 de enero (*JUR* 2009\173357)

SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 37 de 27 de enero (*JUR* 2009\192847)

SAP de Barcelona, Sec. 15, de 15 de enero (*JUR* 2009\173357)

SAP de Alicante, Sec. 8<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 12 de 13 de enero (*JUR* 2009\129977)

SAP de Asturias, Sec. 1<sup>a</sup>, de 8 de enero (*AC* 2009\213)

## 2008

- SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 487 de 30 de diciembre (*JUR* 2009/2008)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 478 de 18 de diciembre (*JUR* 2009\175038)
- SAP de Alicante, Sec. 8ª, n° 484 de 18 de diciembre (*AC* 2009\262)
- SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, n° 663 de 27 de noviembre (*AC* 2009\121)
- SAP de Madrid, Sec. 28, n° 279 de 18 de noviembre (*AC* 2009\67)
- SAP de Granada, Sec. 3ª, n° 421 de 14 de octubre (*JUR* 2009\52030)
- SAP de Murcia, Sec. 4ª, n° 329 de 31 de julio (*AC* 2008\1743)
- SAP de Madrid, Sec. 28, n° 194 de 17 de julio (*JUR* 2208/290874)
- SAP de Córdoba, Sec. 3ª, de 15 de julio (*JUR* 2009\95657)
- SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 150 de 11 de julio (*ROJ* 1475\2008; *JUR* 2009\95720),
- SAP de Barcelona, Sec. 15, de 22 de mayo (*ADCo* 16, 2009, pp. 437 y ss.)
- SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 62 de 3 de abril (*JUR* 2009\21355)
- SAP de Córdoba, Sec. 3ª, n° 57, de 28 de marzo (*JUR* 2008\216841)
- SAP de Madrid, Sec. 28, de 26 de marzo (*LL* 778\2009)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 136 de 25 de marzo (*AC* 2008\998)
- SAP de Jaén de 10 de marzo (*JUR* 2008\227040)
- SAP de Madrid, Sec. 28, de 6 de marzo (*JUR* 2008\143093)
- SAP de Barcelona, Sec. 15, de 21 de febrero (*JUR* 2008\318271)
- SAP de Madrid, Sec. 28, n° 31 de 5 de febrero (*AC* 2008\834)
- SAP de Huesca, Sec. 1ª, n° 19 de 29 de enero (*JUR* 2008\124208)

## 2007

- SAP de Granada, Sec. 3ª, n° 519 de 14 de diciembre (*AC* 2008\1605)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 541 de 29 de noviembre (*JUR* 2009\33340)

SAP de Álava, Sec. 1ª, n° 349 de 27 de noviembre (*AC* 2008\115)

AAP de Madrid, Sec. 28, de 13 de noviembre (*LL Juris* 776\2008)

SAP de Madrid, Sec. 28, de 24 de setiembre (*JUR* 2008\95242)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 430 de 26 de julio (*AC* 2008\424)

AAP de Barcelona, Sec. 15, de 28 de mayo (*JUR* 2009\412090)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 231 de 27 de abril (*AC* 2007\1697)

SAP de Jaén, de 13 de abril (*JUR* 2007\212442)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 173, de 19 de marzo (*JUR* 2007\272870)

SAP de Granada, Sec. 3ª, de 16 de marzo (*ROJ* 2007\272960)

SAP de Córdoba, Sec. 3ª, de 12 de enero (*ROJ* 2007\178491)

## **2006**

AAP de Barcelona, Sec. 15, de 27 de setiembre (*AC* 2007\463)

AAP de Barcelona, Sec. 15, de 21 de setiembre de 2006 (*ROJ* 2007\145684)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 154 de 27 de abril (*JUR* 2009\176577)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 151 de 20 de abril (*JUR* 2006\272705)

AAP de Barcelona, Sec. 15, de 30 de marzo (*AC* 2007\400)

SAP de Barcelona, Sec. 15, n° 102 de 9 de marzo (*JUR* 2009\176630)

AAP de Tarragona de 21 de febrero (*AC* 2006\1168)

AAP de Barcelona, Sec. 15, n° 48 de 6 de febrero (*JUR* 2006\242022)

AAP de Barcelona, Sec. 15, n° 44 de 31 de enero (*JUR* 2009\176679)

## **2003**

SAP de Girona, Sec. 2ª, n° 101 de 10 de marzo (*AC* 2003/755)

## **2002**

SAP de Valencia de 23 de octubre (*JUR* 2003\12019)

## **2001**

SAP de Madrid, de 13 de enero (AC 2001\609)

## **2000**

SAP de Guipúzcoa de 30 de junio (AC 2000\1469)

SAP de Cádiz, Sec. 6<sup>a</sup>, de 12 de febrero (AC 2000\1236)

SAP de La Coruña, Sec. 4<sup>a</sup>, n° 144 de 17 de enero (AC 2000\304)

### *Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia*

## **2013**

AJM n° 3 de Vigo, de 17 de setiembre (AC 2013\1837)

SJM n° 3 de Madrid, n° 174 de 16 de julio (AC 2013\1652)

SJPI n° 2 de Lugo, n° 93 de 15 de abril (AC 2013\501)

## **2012**

SJM n° 6 de Vigo (Provincia de Pontevedra), n° 69 de 25/5/2012 (AC 2012\381)

SJM n° 5 de Madrid, de 10 de enero (AC 2012\370)

## **2011**

SJM n° 1 de Las Palmas de Gran Canaria, n° 136 de 18 de julio (AC 2011\1550)

SJM n° 6 de Madrid, de 30 de junio (AC 2011\2073)

SJM n° 3 de Pontevedra, de 10 de junio (AC 2011\1377)

SJM n° 3 de Pontevedra, de 8 de junio (JUR 2011\283984)

SJM n° 1 de Alicante, n° 96 de 11 de marzo (JUR 2011\103109; AC 2011\1011)

SJM n° 2 de Barcelona, de 26 de enero (AC 2011\317)

SJM n° 5 de Madrid, de 14 de enero (AC 2011\246)

SJM n° 1 de Alicante, n° 11 de 13 de enero (AC 2011\37)

**2010**

SJM n° 1 de Pontevedra, de 21 de julio (AC 2011\601)

**2009**

SJM n° 1 de Málaga, de 13 de febrero (AC 2009\736; LL 46.789/2009)

**2008**

SJM n° 1 de Alicante, de 18 de diciembre (AC 2009\262)

SJM n° 1 de Lleida, de 11 de noviembre (AC 2009\254)

SJM n° 1 de Gerona, de 22 de octubre (ADCo 17, 2009-2, p. 607)

SJM n° 2 de Pontevedra, de 20 de octubre (ADCo 17, 2009-2, pp. 606 y 607)

SJM n° 3 de Barcelona de 5 de octubre (AC 2009\808)

SJM n° 1 de Oviedo, de 19 de setiembre (AC 2008\375)

SJM n° 1 de Alicante, n° 112 de 9 de setiembre (JUR 2012\344029)

SJM n° 1 de Alicante, de 31 de julio (ADCo 17, 2009-2, pp. 604-607)

SJM n° 3 de Pontevedra, de 17 de julio (ROJ 2008\290874)

SJM n° 1 de Palma de Mallorca, de 11 de junio (ADCo 17, 2009-2, pp. 604 y 605)

SJM n° 1 de Palma de Mallorca de 15 de mayo (ADCo, 17, 2009-2, p. 604)

SJM n° 1 de Alicante n° 62 de 15 de mayo (JUR 2012\354691)

SJM n° 7 de Madrid, n° 182 de 11 de abril (JUR 2008\357081)

SJM de Córdoba de 28 de marzo (JUR 2008/216841)

SJM n° 3 de Pontevedra de 5 de febrero (AC 2008\834)

**2007**

SJM n° 10 de Santander de 19 de diciembre (JUR 2008\357084)

SJM n° 5 de Madrid de 5 de diciembre (ADCo 12, 2007, p. 531)

SJM n° 1 de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre (AC 2007\361)

AJM n° 1 de Bilbao de 19 de noviembre (ADCo 14, 2008, p. 548)

- AJM n° 1 de Oviedo de 24 de octubre (*ADCo* 14, 2008, p. 536)
- SJM n° 1 de Valencia, de 28 de setiembre de 2007 (*JUR* 2008\350820)
- SJM n° 6 de Vigo, de 24 de setiembre (*ROJ* 2008\95242)
- SJM n° 1 de Oviedo, de 17 de setiembre (*AC* 2008\375)
- SJM n° 1 de Oviedo, de 5 de setiembre (*ADCo* 14, 2008, p. 572)
- SJM n° 1 de Madrid, n° 43, de 24 de julio (*JUR* 2010\389283)
- AJM n° 1 de Bilbao, de 12 de julio (*ADCo* 13, 2008, p. 435)
- SJM n° 5 de Madrid, de 11 de julio (*ADCo* 13, 2008, p. 546)
- SJM n° 5 de Madrid, de 26 de junio (*ADCo* 13, 2008, p. 536)
- AJM n° 1 de Sevilla, de 13 de junio (*ADCo* 13, 2008, p. 431)
- SJM n° 1 de Madrid, de 4 de junio (*ADCo* 13, 2008, p. 521)
- SJM n° 1 de Oviedo, de 2 de junio (*AC* 2008\411; *ADCo* 14, 2008, p. 593)
- SJM n° 1 de Valencia, de 30 de abril (*JUR* 2008\357157)
- SJM n° 2 de Barcelona, de 19 de enero (*JUR* 2007\368566)
- SJM n° 5 de Madrid, de 18 de enero (*LL* 18592/2007)
- SJM n° 1 de Madrid, de 16 de enero (*AC* 2007\857)

## **2006**

- SJM n° 1 de Bilbao, de 29 de diciembre (*VLEX*-28500255)
- SJM n° 4 de Barcelona, n° 284 de 11 de diciembre (*AC* 2007\439)
- SJM n° 5 de Madrid de 5 de diciembre (*LL* 242899\2006)
- SJPI n° 14 de Granada, de 17 de octubre (*JUR* 2007\38845)
- SJM n° 5 de Madrid de 17 de julio (*AC* 2007\739; *LL* 242898\2006)
- SJM n° 1 de La Coruña de 20 de junio (*AC* 2007\203)
- SJM n° 4 de Barcelona n° 116 de 31 de mayo (*AC* 2007\204)

SJM de Málaga de 22 de mayo (*LL 88156\2006; AC 2006\1264*)

SJM n° 2 de Barcelona, n° 80 de 9 de mayo (*AC 2006\1469*)

AJM n° 1 de Cádiz de 5 de mayo (*AC 2006\844*)

SJM n° 5 de Madrid de 16 de febrero (*AC 2006\238, LL 18060/2006*)

AJM n° 4 de Madrid de 17 de enero (*AC 2006\2088*)

AJM n° 5 de Madrid de 13 de enero (*ADCo, 8, 2006, p. 361*)

## **2005**

AJM n° 4 de Madrid de 24 de octubre (*AC 2006\109*)

AJM n° 5 de Madrid de 10 de octubre (*JUR 2005\279376*)

SJM n° 1 de Valencia n° 102 de 23 de setiembre (*AC 2006\406*)

AJM n° 4 de Barcelona de 10 de junio (*ADCo, 6, 2005, p. 430*)

AJM n° 2 de Barcelona n° 158 de 5 de mayo (*JUR 2005\126664*)

AJM n° 1 de Barcelona de 11 de abril (*ADCo, 5, 2005, p. 373*)

AJM n° 3 de Barcelona de 18 de febrero (*AC 2005\243*)

AJM n° 3 de Madrid de 9 de febrero (*ADCo, 5, 2005, p. 370*)

## **Jurisprudencia uruguaya citada**

### *Suprema Corte de Justicia*

SSCJ n° 912 de 5 de noviembre de 2012 (*SJN*)

SSCJ n° 978 de 30 de junio de 2009 (*SJN*)

SSCJ 50/005 (*LJU, t. 132, c. 15.119*)

SSCJ n° 123 del 9 de marzo de 2000

## *Tribunales de Apelaciones en lo Civil*

### **2013**

STAC de 2° t., de 20 de noviembre

### **2012**

STAC de 2° t., n° 272, de 24 de octubre (*SJN*)

STAC de 2° t., n° 182, de 8 de agosto (*SJN*)

### **2011**

STAC de 2° t., n° 324, de 9 de noviembre (*SJN*)

STAC de 6° t., n° 129, de 31 de mayo (*SJN*)

### **2009**

STAC de 4° t., n° 88, de 29 de abril (*SJN*)

### **2008**

STAC de 2° t., n° 221, de 17 de setiembre (*SJN*)

### **2007**

STAC de 4° t., n° 243, de 24 de octubre (*SJN*)

### **2004**

STAC de 1<sup>er</sup> t., n° 37 (*LJU*, t. 131, c. 15.038)

### **2003**

STAC de 3<sup>er</sup> t., n° 234 (*LJU*, t. 131, c. 14.953)

STAC de 2° t., n° 197 (*LJU*, t. 129, c. 14.794)

### **2002**

STAC de 2° t. n° 12 de 20 de febrero de 2002 (*ADC*, t. 11, pp. 411-414)

### **2000**

STAC de 4° t. n° 160/2000 (*LJU*, t. 124, c. 14.199)

STAC de 5º t. nº 101/2000 (*LJU*, t. 122, c. 14.030)

*Juzgados Letrados en lo Concursal*

**2014**

SJLC de 1er t., nº 1278 de 20 de junio

SJLC de 2º t., nº 194 de 20 de febrero

**2013**

SJLC de 1º t., nº 2117 de 22 de noviembre (*CEJ*)

SJLC de 2º t., nº 818 de 20 de noviembre (*CEJ*)

SJLC de 1º t., nº 2012 de 12 de noviembre (*CEJ*)

SJLC de 1º t., nº 1311 de 30 de junio (*CEJ*)

SJLC de 2º t., nº 372 de 2 de abril de 2013 (*CEJ*)

**2011**

SJLC de 2º t., nº 2331 de 22 de diciembre (*CEJ*)

SJLC de 1º t. nº 2097 de 4 de noviembre

SJLC de 2º t. nº 5 de 31 de marzo

**2010**

SJLC de 15 t. nº 37 de 16 de julio

**2006**

SJLC de 1º t. nº 33, de 29 de noviembre

**2005**

SJLC de 1º t. nº 22, de 11 de mayo

## **Jurisprudencia argentina citada**

### *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

SCSJ de 4 de junio de 2013, «Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias» (*Infojus* NV5173)

SCSJ de 3 de abril de 2003 «Palomeque Aldo R. C/Benemeth SA y otro» (*ED* 203181 y *LL* 2003-F 731)

SCSJ de 5 de octubre de 1995 «Menkab SA c/Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios» (*VLex* M.459.XXII; *LL* 1996-E 139)

SCSJ de 22 de octubre de 1991, «Custodia Cía. financiera SA c/ Olivera Avellaneda, Carlos R. y otros» (*JA*, 1992-I-203)

SCSJ de 4 de setiembre de 1968, «Frigorífico Setti SA s/Quiebra» (*RDCO*, 1970, p. 239)

### *Cortes y Tribunales Supremos de Justicia*

SCSBA de 20 de febrero de 2008, causa C 85799, «Sindicatura de Cía. Financiera Sic S.A. Quiebra contra Monteverde Norberto Daniel y otros. Acción de responsabilidad» (*VLex*, c-36924388)

SCSM de 5 de diciembre de 2007, «Carlóni Humberto en J° 64528/30.175, Club YPF Mendoza p/Quiebra, s/Acc. de Resp. Concursal P/Incidente»

SCSBA de 25 de abril de 2007, causa L. 85.741, «Cortina, Carlos contra Power Tools SACIF y otros. Salarios, etc.»

### **2006**

SSTJ de Corrientes, de 9 de agosto, «Gómez Oscar S. c/ Danuzzo de Iribas, María Luisa s/ordinario»

### **2005**

SCBA de 31 de agosto, causa L. 81.550, «Avila, Carlos Alberto contra Benjamín Gurfein SA y otros. Despido»

**1998**

SSTJ de Corrientes, de 31 de julio, «Chiappe, Enrique c/Promin SA y/u otro» (*LL Litoral* 1999, p. 59)

*Cámaras de Apelaciones*

**2013**

SCNCom, Sala C, de 15 de agosto, «Croach Busters SRL s/ Quiebra c/ CB Obras y Servicios SA, Burgos, Gilberto Omar Ramón y otro s/Ordinario» (*Infojus* FA13130109)

**2012**

SCNCom, Sala A, de 18 de setiembre, «Rosarios, Sergio G. s/Quiebra» (*IJ-LXVI-940*)

SCNCom, Sala A, de 26 de junio, «Tolosa Vanesa, Elizabeth c/ Caputo, Armando Daniel y otra s/ Extensión de Quiebra (Ordinario)» (*Infojus* FA12130534)

SCNCom, Capital Federal, de 4 de junio, «Interchange & Transport International SRL s/Quiebra s/Incidente de Apelación (art. 250)» (*Infojus* FA12130490)

SCNCom, Capital Federal, de 12 de abril, «Neumacheck c/Flores, Luis y otros s/Ordinario (Acción de Responsabilidad), s/ Quiebra» (*Infojus* FA12130423)

**2011**

SCNCom, Capital Federal, de 30 de junio, «Productos El Orden SA c/Loizzo, Alberto y otros s/Ordinario, s/Quiebra» (*Info-jus* FA11130406)

SCNCom, Sala F, de 24 de febrero, «People and Partners SRL» (*LL* 2011-E, 131)

**2010**

SCNCom, Sala D, de 9 de agosto, «Juhál, Eduardo José c/ Fumo, Claudio Alejandro y otros s/Ordinario»

**2009**

SCNCom, Sala A, de 28 de diciembre, «Nefros SA s/Quiebra c/Tanus, Roberto s/Ordinario»

SCNCom, Sala A, de 14 de agosto, «Biocrom SA s/Quiebra c/Surar Pharma SA s/Ordinario»

**2008**

SCNCom, Sala A, de 6 de marzo, «Textil Cohen SRL»

**2007**

SCNCom, Sala A, de 20 de diciembre, «Imrex SACI s/Quiebra c/Electrodomésticos Defema SA y otros s/Ordinario»

SCNCom, Sala A, de 30 de octubre, «Maffi, Gustavo s/Quiebra c/Schiavoni, Luis s/ordinario»

SCNCom, Sala E, de 2 de octubre, «Pino Camby SA s/Quiebra s/Incidente de ineficacia concursal de venta de acciones de Ourives Florestal Ltda.»

SCNCom, Sala A, de 30 de agosto, «Adsur SA c/Sant Luis s/Ordinario»

SCNCom de 18 de julio, «Suipacha 732 SRL s/Quiebra»

**2006**

SCNCom, Sala A, de 21 de julio, «Harsin SA s/Quiebra c/Hosheng Hsiung y otro s/ Ordinario»

**2005**

SCNCom, de 24 de junio, «Lescano Norberto E. y otros c/Zurdo, Luis Alberto y otro s/Ordinario»

SCNCom, Sala A, de 23 de marzo, «Barck, Carlos s/Quiebra s/Inc. de extensión»

**2004**

SCNPE, Sala B, de 17 de diciembre, «Incidente de Apelación del procesamiento interpuesto por las defensas de HRG y RSG en la causa Roppic SA, Servintsa SA; Editorial Sarmiento s/ Infracción ley 24769»

SCNCom, Sala E, de 5 de agosto, «Rilmar SA s/Quiebra s/ Inc. de extensión»

**2003**

SCNCom, Sala E, de 30 de marzo, «Granara, Juan Carlos c/Rodríguez Alvarez, Emilio s/Ordinario»

**2002**

SCNCom, Sala E, de 27 de octubre (*RJA*, 2003, t. 2, p. 148)

SCNCom, Sala B, de 3 de abril, «Carlos A. Fontantet y Cía. SA s/Quiebra s/Acción de responsabilidad s/Ordinario»

**2001**

SCNCom, Sala A, n° 103.478, de 19 de noviembre, «Intención SA s/Conc. prev.» (*LL*, 2002-B-547)

SCNCom, Sala A, de 2 de noviembre, «Donomarca SA s/Quiebra s/Extensión de quiebra»

SCNCom, Sala B, de 30 de octubre, «Inapro SA s/Quiebra c/Valeriano Kochen y otra s/Extensión de quiebra»

SCCC, Sala IV, n° 13.543, de 10 de setiembre, «Deyba Ind. Plásticas SRL s/Quiebra c/Envaflex SRL s/Extensión de quiebra» (*Zeus*, 87-J-590)

SCNCom, Sala A, n° 102.604, de 16 de febrero, «Flores, Enrique s/Conc. prev. s/Extensión de quiebra» (*LL*, 2001-E-501)

**2000**

SCCC, Concordia, Entre Ríos, n° 19.452, de 20 de marzo, «Playmotor SRL s/Concurso preventivo, pieza separada» (*Zeus*, 85-R-519)

SCNCom, Sala E, de 21 de marzo, «Crear Crédito Argentino SA c/ Campos, Antonio y otros» (*Semanario Jurídico*, 2/11/ 2000, n° 1315).

SCNCom, Sala B, de 25 de febrero, «Expocristal SA s/quiebra», *LL*, 2000-E, 54

**1999**

SCCC de San Martín, Sala II, de 2 de setiembre, «ITP Electrónica SRL c/Sing Time SRL s/Cobro de pesos»

**1998**

SCNCom, Sala B, de 26 de noviembre, «Estructura Elcora SA s/Quiebra c/Y.R. y otro – Ordinario» (*ED* 20/5/1999)

**1997**

SCNCom, Sala A, de 26 de diciembre, «Alvear 1850 SRL s/ Incidente de extensión de quiebra» (*LL*, 1999-F, 749; *ED*, 22/2/1999, 181-319)

SCNCom, Sala C, de 22 de diciembre, «Simancas María Angélica contra Crosby Ronald Kenneth»

SCNCiv, Sala D, 5 de diciembre (*LL*, 1998-F-439)

SCNCom, Sala E, de 21 de abril, «Rousso de Guelar Regina y otro c/ Espósito Ramón s/ Medidas precautoria» (*LL* 1998 B 935)

SCCC de Concordia (Entre Ríos), n° 11.676, de 13 de marzo, «Bertoni Hnos. SRL s/ Conc. prev. Hoy quiebra s/Incidente de extensión de quiebra a la firma Tempire SA» (*Zeus*, 76-J-357)

**1996**

SCCC, Rosario, Sala IV, de 13 de noviembre, «Sosa, Ramón T. Construcciones SRL s/ quiebra (*LL Litoral*, 1998-885)

SCNCom, Sala B, de 4/ de octubre, «Sadam SA c/ Bolloasina, Raquel» (*JA*, 1998-I-899)

SCNCom, Sala D, «Dar S.A. s/Quiebra de nulidad» (*Errepar- DSE*, n° 99, febrero/96, t. 7, p. 766)

**1995**

SCNCom, Sala A, n° 46.639, de 9 de febrero, «Reverdito y Cía SA e Industrias Alimenticias San Cayetano SRL s/ pedido de extensión de quiebra» (*LL*, 1995 D, p. 615)

**1994**

SCNCom, Sala D, de 17 de noviembre, «Dar SA s/quiebra s/§ de nulidad» (*Errepar-DSE*, n° 99, febrero/1996, t. 7, p. 766)

SCCC, Rosario, Santa Fe, Sala IV, n° 10.447 de 9 de noviembre, «Incor Sur SRL s/concurso preventivo» (*Zeus*, 68-J-416).

SCNCom, Sala B, de 15 de febrero, «Autocam SA c/Cía. General de Electricidad del Sur SA»

**1993**

SCCCCom de Rosario, Sala IV, de 19 de noviembre, «Villber SA (masa de acreedores) c/Hijos de Miguel Naidich SA»

SCCCCom de Bahía Blanca, Sala II, de 18 de mayo, «Industria Metalúrgica Surmet» (*LL*, 1994, 555)

**1992**

SNCCCom, Sala O, de 9 de octubre, «Phonoton Co. SRL (*JA*, 1993-II-772)

**1991**

SCNCom, Sala B, de 13 de julio, «Noel Carlos c/Noel y Cía. SA»

**1990**

SCNCom, Sala C, de 27 de febrero, «Balbi de Cevallos c/Salaberry» (*RDCO* 1990, p. 776)

**1987**

SCNCom, Sala D, de 19 de octubre, «Frate c/Cavi SA» (*RDCO* 1988, p. 610)

SCNCom, Sala C, de 22 de mayo, «Kuckiewicz, Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cabana SA y otros» (*LL*, t. 1988-A, p. 65)

SCNCom, Sala B, de 20 de mayo de 1987, «Jabif Ricardo c/ Bonina y T. Gomasini SA s/ ordinario» (*ED* 125-163)

**1985**

SCNCom, Sala C, de 29 de octubre, «Liljestrhom, Walter c/ Montanaro SA, Domingo» (*LL*, 1986-B, 197; *DJ*, 1986-II, 70)

**1984**

SCNCom, Sala E, de 5 de setiembre, «*Oddone, Luis y otra s/quiebra*» (*LL* 1984-D, p. 412)

**1979**

SCNCom, Sala A, de 6 de diciembre, caso «Artesiano Mónica c/Giannina SCA»

SCNCom, Sala C, de 21 de mayo, «Macosa SA y otras» (*LL* 1979-C, p. 289)

**1978**

SCNCom, Sala C, de 28 de julio, «Cía. Swift de La Plata SA s/quiebra» (*LL* 1978-D, p. 169)

**1977**

SCNCom, Sala B, de 25 de agosto, «Financiera Baires SA c/Kuperman» (*LL* 1979-T, p. 408)

**1972**

SCNCom, Sala A, de 14 de abril, «*Giménez Zapiola, Carlos c/Alberto Giménez Zapiola, Horacio Giménez Zapiola y Rodolfo J. Moor*»

**1968**

SCNCom, Sala B, de 4 de setiembre, «Frigorífico Setti SACIA, s. Convocatoria: hoy quiebra», *RDCO*, 1970, p. 239

**1966**

SCNCom, Sala B, de 2 de diciembre «Frigorífico Setti SA s/ quiebra» (*RDCO* 1970, p. 255)

***Juzgados de Primera Instancia***

SJCC n° 5 de Córdoba, 29 Nom, de 9 de setiembre de 2005, «Sindicatura en Eddicom c/ Rosetto Eduardo J. y otro s/ Acción ordinaria de responsabilidad»

SJNCom n° 18, de 17 de octubre de 1977, «Pazmallman SA s/quiebra» (*LL*, 1978-B-494)

***Bibliografía citada***

ABDALA, M.E. «La acción concursal de responsabilidad en el Derecho argentino», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://www.juridicas.unam.mx>, descargado el 20/9/2013.

ABRIANI, N. «Riforma del diritto societario e responsabilità del diritto societario e responsabilità dell'amministratore di fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto?», *Le società*, n° 2, pp. 216 y ss. 2000.

———. *Gli amministratori di fatto delle società di capitali. Quaderni dei Giurisprudenza Commerciale*, n° 182. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.

ACHÚTEGUI, E. «Compatibilidad de las acciones de responsabilidad frente al administrador social de la sociedad concursada con la responsabilidad concursal», *Repertorio Aranzadi*, n° 29, pp. 4 y ss. Pamplona: Aranzadi, 2006.

ACOSTA PITETTA, L. «Responsabilidad de los directores por los hechos de la sociedad y del dependiente», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*. Coord. A. FERRER MONTENEGRO y G. CAFFERA MORANDI. Montevideo: FCU, 2006.

- AGUILERA ANEGÓN, G. *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (borrador del anteproyecto de 1995)*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997.
- AHIJADO, M., y AGUER, M. *Diccionario de economía y empresa*. Madrid: Pirámide, 1996.
- ALCOVER GARAU, G. «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», *RDCP*, v. 4, pp. 81-90. Madrid: La Ley, 2006.
- . «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 487-501. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- . «La calificación del concurso», *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, pp. 239-261. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2002.
- . «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales», *RDS*, n° 8, pp. 265-271. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- ALDRICH, C.D. «El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad», *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n° 6, pp. 301 y ss. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- ALEGRÍA, H. «Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas», *RDPC*, n° 22, pp. 263-306 y ss. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni: 2000.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1/2007 [413]. Barcelona: 2007.

- . «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RDS*, n° 18, pp. 45 y ss. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- ALONSO ESPINOSA, F.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- ALONSO UREBA, A. «El art. 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del artículo 172-3 con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de los administradores y liquidadores», *RDCP*, n° 1, pp. 97 y ss. Madrid: LL, 2004.
- . «Art. 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, pp. 1432-1448. Dirs. J. PULGAR EZQUERRA, A. ALONSO UREBA, C. ALONSO LEDES-MA y G. ALCOVER GARAU. Madrid: Dykinson, 2004.
- . «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de concursal (el art. 172.3 de la Ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 505-576. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- . «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, pp. 263-313. Madrid: Dilex, 2002.
- . «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, n° 198, pp. 639-728. Madrid: s.n., 1991.
- ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», *RDS*, n° 29, pp. 19-37. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- ALONSO UREBA, A., y VIERA GONZÁLEZ, A.J. «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)»,

- Comentarios a la legislación concursal*, pp. 1432-1448. Dirs. J. PULGAR EZQUERRA, A. ALONSO UREBA, C. ALONSO LEDESMA y G. ALCOVER GARAU. Madrid: Dykinson, 2004.
- . «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentarios a la legislación concursal*, pp. 633-667. Dirs. J. PULGAR EZQUERRA, A. ALONSO UREBA, C. ALONSO LEDESMA, y G. ALCOVER GARAU. Madrid: Dykinson, 2004.
- ALLENDE, L.A. «Conveniencia de regular la actuación de los administradores de hecho en las sociedades comerciales», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2003.
- AMBROSINI, S., y AIELLO, M. «Società per azioni, responsabilità degli amministratori», *Giur. Comm.*, n° 31, v. 2, pp. 967 y ss. Milano: Giuffrè, 2011.
- AMORÍN, M. «Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas, el factor de atribución», *ADCom*, n° 12, pp. 251-266. Montevideo: FCU, 2008.
- ANTOLISEI, F. *Manuale di diritto penale, leggi complementari*. Milano: 1959.
- ANTUNES, A., y ENGRACIA, J.A.Q.L. *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietaria*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ARGERI, S.A. *La quiebra y demás procesos concursales*, t. 1, La Plata: Editora Platense, 1978.
- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil: proceso de declaración, proceso de ejecución, procesos especiales*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ARTZ, J.F. «L'extension du régime judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux», *RTD com.*, 1975, pp. 1 y ss. Paris: Sirey, 1975.
- ARROYO, I., y BOET SERRA, E. «Comentario al artículo 135 LSA», *Comentarios a la ley de sociedades anónimas: Real Decreto Legislativo 1564-1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades*

*Anónimas*, v. 2, pp. 1436 y ss. Coord. I. ARROYO, J.M. EMBID IRUJO y C. GÓRRIZ. Madrid: Tecnos, 2009.

ASCARELLI, T. «In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori: amministratore indiretto», *Il foro italiano*, v. 1, pp. 1630 y ss. Roma: Foro italiano, 1953.

———. «Progetto in materi di società», *Rivista delle società*, Milano: Giuffrè, 1956.

ASENCIO MELLADO, J.M. «Artículo 168. Personación de interesados», *Ley Concursal: comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. 2, pp. 603-610. Coord. E. GALLEGO SÁNCHEZ. Las Rozas (Madrid): LL, 2002.

ASHE, G. «The corporate entity in bankruptcy: subordination, consolidation, merger», *ABLJ*, n° 46, pp. 291-304. Bangor, Me.: National Conference of Referees in Bankruptcy, 1972.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I. «La responsabilidad», in: PUIG I FERRIOL, L. et al., *Manual de Derecho Civil*, pp. 450-506. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ÁVILA DE LA TORRE, A., y CURTO POLO, M. «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 4, pp. 3537-3567. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.

AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2 v. Torino: UTET, 1953.

BACIGALUPO SAGGESE, S. «Insolvencia y Derecho Penal», *RDCP*, n° 13, pp. 123-138. Madrid: La Ley, 2010.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- BARAVALLE, R., y GERBAUDO, G. «Responsabilidad de los representantes y terceros en la quiebra», *Conflictos en Sociedades Comerciales y Concursos, Homenaje al Dr. Juan M. Farina*, pp. 347-387. Rosario: Zeus, 2009.
- BARRIENTOS PACHO, J.M. «Responsabilidad penal del administrador», *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Recopilatorio de las ponencias dictadas con ocasión de las Jornadas de la AJFV. Oviedo, 16 y 17 de noviembre de 2006*, pp. 47-62. Madrid: Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, 2007.
- BARROS BOURIE, E. «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños*, pp. 135-192. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- BARTALINI, G. *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*. Torino: UTET, 2000.
- BATALLER GRAU, J. «La disolución», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, pp. 21-85. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- BAYO FERNÁNDEZ, M. «I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale*, 1996, pp. 747 y ss.
- BEARLE, A.A., y MEANS, *The modern corporation and private property*. New York: 1932.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 249-293. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)», *RDS*, n° 39. Pamplona: Aranzadi, 2012.

- . «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, pp. 407-442. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- . «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 13, pp. 329-372. Madrid: Civitas, 2008.
- . «La calificación y la conclusión del concurso», *Curso de Derecho Mercantil*, pp. 1111-1112. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.
- . *La disolución de la sociedad anónima*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2007.
- . «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. 3, pp. 1737-1756. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- . «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 89)», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 1, pp. 960-988. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- . «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada*, pp. 956-958. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997.
- . «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *AC*, t. 1, v. 3, pp. 49-68. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- . «Pérdidas y responsabilidad de los administradores (comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)», *RDM*, n° 205, pp. 471-486. Madrid: s.n., 1992.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y CAMPUZANO, A.B. «A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por

- imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011», *ADCo*, n° 26, pp. 427-433. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Disposición final 2ª», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, pp. 3102-3114. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 2, pp. 1679-1735. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- BENAVIDES VELASCO, P., y GUERRERO PALOMARES, S. «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *RDCP*, n° 13, pp. 175-199. Madrid: LL, 2010.
- BENÍTEZ PREVE, C. «Las inverosímiles sanciones al quebrado», *Sociedades y concursos en un mundo de cambios, Semana académica 2010*, pp. 597 y 598. Montevideo: FCU, 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Artículo 40», *Comentarios a la Ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, t. 1. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.
- . «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, aspectos civiles, penales y fiscales*. Madrid: Tecnos, 1999.
- BERGEL, S.D. «Responsabilidad de terceros en la quiebra (arts. 166 a 169 de la Ley 19.551)», *LL*, 1981, I, pp. 742 y ss. Buenos Aires: LL, 1981.
- . «Extensión de la quiebra», *RDCO*, n° 6, pp. 435 y ss. Buenos Aires: Depalma, 1973.

- BERGEL, S.D., y PAOLANTONIO, M.E. «Las acciones de responsabilidad patrimonial contra los terceros en la quiebra», *Revista de Derecho y Empresa*, n° 4, pp. 235 y ss. Rosario: Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, 1995.
- BHATTACHARYYA, G. «Re Hydrodan (Corby) Ltd. – Shadow directors and wrongful trading», *The Company Lawyer*, 1994, pp. 151 y ss.
- . «Shadow directors and wrongful trading revisited», *The Company Lawyer*, 1995, pp. 313 y ss.
- BIGIAMI, W. *L'imprenditore occulto*. Padova: CEDAM, 1965.
- . «Società occulta e imprenditore occulto», *Studi in onore di Enrico Redenti*, pp. 145-176. Milano: Giuffrè, 1951.
- BISBAL, J. «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, n° 214, pp. 843-872. Madrid: Civitas, 1994.
- BLANCO GÓMEZ, J.J. *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, prestación principal y el resarcimiento del daño*. Madrid: Dykinson, 1996.
- BLANQUER UBEROS, R. «La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad», *AAMN*, t. 30, pp. 490 y ss. Madrid: EDERSA.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. «El embargo de bienes de los administradores en el concurso», *ADCo*, n° 13, pp. 293-328. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008.
- . *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- . «Responsabilidad de los administradores y embargo de sus bienes en el concurso», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 67-100. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.
- BLASCO PELLICER, A. *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

- BLENGIO MASSOLO, J.E. «La cuestión de la administración de hecho en materia societaria», *ADCU*, t. 36, pp. 547-560. Montevideo: FCU, 2006.
- BLOCH, P. «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédure collective», *Gaz. Pal.*, n° 3, pp. 626-634. Paris: 1996.
- BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.
- . «Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, pp. 275-295. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2003.
- . «Veinte años de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.<sup>era</sup> del Tribunal Supremo», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 1. Madrid [etc.]: McGraw-Hill, 2002.
- . *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1993.
- BONELLI, F. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1992.
- . «*La responsabilità degli amministratori*», *Trattato delle società per azioni*, dir. G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE, t. 4: *Amministratori, direttore generale*, pp. 323-458. Torino: UTET, 1991.
- . «La prima sentenza della Cassazione civile sull' amministratore di fatto», *Giur. Comm.*, año 12, v. 1, pp. 182-188. Milano: Giuffrè, 1985.
- . «La responsabilità dell'amministratore di fatto», *Giur. Comm.*, año 11, v. 1, pp. 107-114. Milano: Giuffrè, 1984.
- . «L'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite», *Giur. Comm.*, v. 2, pp. 780-800. Milano: Giuffrè, 1982.

- BOQUÍN, G. «Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, pp. 257-278. Dir. M. ARECHA. Coord. A.C. ALONSO. Buenos Aires: Legis Argentina, 2009.
- BORETTO, M. *Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- . «Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra», *RJA*, 2004-2, pp. 996 y ss. Buenos Aires: 2004.
- BORGIOLO, A. «L'amministratore "di fatto" non fallisce», *Giur. Comm.*, año 5, n° 2, pp. 595-608. Milano: Giuffrè, 1978.
- . «Amministratori di fatto e direttori generali», *Giur. Comm.*, año 2, n° 1, pp. 593 y ss. Milano: Giuffrè, 1975.
- . *I direttori generali di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1974.
- BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, 2 v., 20 ed. a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ. Madrid: Tecnos, 2013.
- . *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- BRUNETTI, A. *Trattato del diritto delle società*, v. 2, *Società per azioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948.
- BUGALLO MONTAÑO, N.B. *Derecho concursal uruguayo, Serie Manuales*, n° 2. Descargado de <http://www.beatrizbugallo.com>, 2012.
- BUSNELLI, F., y SCALFI, G. «Verso una riscoperta delle pene private?» *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. «El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en homenaje al Profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

- BUSTOS PUECHE, J.E. *La doctrina de la apariencia jurídica: una explicación unitaria de los artículos 34 de la L.H. y 464 del C.c., y otros supuestos de apariencia*. Madrid: Dykinson, 1999.
- CABALLERO BRUN, F. *Insolvencias punibles*. Madrid: Iustel, 2008.
- CABANAS TREJO, R. *Aspectos procesales de calificación del concurso: un estudio desde la jurisprudencia y una reciente reforma legal*. Barcelona: Bosch, 2009.
- . «Breve apunte sobre la responsabilidad de los administradores en la nueva Ley concursal», *Revista de estudios jurídicos y de empresa*, n° 1, p. 8. Madrid: Dijusa, 2005.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho societario*, 5 tt. Buenos Aires: Heliasta, 1997.
- CAFFERA MORANDI, G., y MANTERO MAURI, E. *Protección extracontractual del crédito*. Montevideo: FCU, 2009.
- . «El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas frente a los acreedores sociales», *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*. Coord. A. FERRER MONTENEGRO y G. CAFFERA MORANDI. Montevideo: FCU, 2006.
- CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CALVO, J. «L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion», *Les petites affiches*, n° 63, pp. 13-17. Paris: Lextenso, 1998.
- CALVO COSTA, C.A. «Las nuevas fronteras del daño resarcible», *LL*, 2005-D. Buenos Aires: LL, 2005.

- CAMACHO DE LOS RÍOS, J. «Los auxiliares del empresario», *Lecciones de derecho mercantil*, 14<sup>a</sup> ed., rev. y act. Coord. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Madrid: Tecnos, 2010.
- CÁMARA ÁGUILA, M.P. «Título VI. De la calificación del concurso. Disposiciones generales», *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, v. 2, pp. 1750 y ss. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA. «La administración de las sociedades anónimas», *RJN*, n<sup>o</sup> 1, pp. 51 y ss. Madrid: s.n., 1992.
- . *Estudios de Derecho Mercantil*, v. 1. Madrid: Edersa, 1977.
- CAMPBELL, N.R. «Liability as a shadow director», *The JBL*, 1994, pp. 609 y ss.
- CAPILLA RONCERO, F. «Contratos de servicios: transporte, mandato y depósito», *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, pp. 689-706. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- . *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Fundación Universitaria de Jerez, 1989.
- . *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, 1984.
- CAPUTTO, L.J. *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- CARDINAL, F., y ELIZALDE L., «Medidas cautelares en la Ley 18.387 de Concursos y Reorganización Empresarial», *La Ley Uruguay*, v. 2, n<sup>o</sup> 8, Montevideo: LL, 2009.
- CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de contratos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.
- . *Los derechos de garantía en la Ley concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.

- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J. *Tratado de los derechos de garantía*. Cizur Menor [Navarra], Aranzadi, 2008.
- CARTY, H. «Joint tortfeasance and assistance liability», *Legal studies*, v. 489, pp. 503 y ss. London: Butterworths Lexis Nexis, 1999.
- CASADO CASADO, L. «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, pp. 229-291. Coord. B. LOZANO CUTANDA. Cizur Menor [Navarra], Aranzadi, 2008.
- CASSOTANA, M. *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.* Milano: Giuffrè, 1984.
- CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons, 1988.
- CECCHI, P. *Gli amministratori dei società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999.
- CERDÁ ALBERO, F. «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, pp. 1563-1611. Dir. V. CUÑAT EDO, J. MASSAGUER, F.J. ALONSO ESPINOSA, E. GALLEGO SÁNCHEZ. Coord. M<sup>a</sup>V. PETIT LAVALL. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 1, pp. 953-999. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- . «Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)», *InDret*, n<sup>o</sup> 1, pp. 1-20. <http://www.indret.com>, 2001.
- . *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I. *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*. Barcelona: Caixa de Pensions, 2001.

———. *Curso de derecho concursal*. Madrid: Colex, 2000.

CESANO, J.D. «Persona jurídica y criminalidad ambiental: algunas consideraciones dogmáticas y políticas criminales con relación al artículo 57 de la ley 24.051», *RJA*, n° especial, *Derecho Ambiental*, pp. 2 a 6. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

CESANO, J.D., y BALCARCE, F.I. «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina», *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 7, agosto, pp. 267-321, descarg. de <http://ar.vlex.com/vid/reflexiones-responsabilidad-personas-226139385>. Alveroni: Córdoba, 2002.

COIPEL, M. et al. *Droit de sociétés commerciales*. Bruxelles: Kluwer, 1998.

COLÁS ESCANDÓN, A.M. «Comentario a los artículos 172 y 173 de la Ley Concursal», *Comentarios a la ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, pp. 1799-1805. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. *Derecho de daños*, 3ª ed. Barcelona: Bosch, 2009.

CONTI, L. «Disposizioni penali in materia di società», *Commentario del Codice Civile*, dir. Scialoja, A., y Branca, G. pp. 167 y ss. Bologna-Roma: 1971.

CONTI, L., y BRUTI LIBERATI, E. *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penale delle società commerciali*. Milano: 1971.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil: parte general*. 5ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CORTÉS OLMEDO, M. «Responsabilidad de terceros en la quiebra», *LL*, 2004-C, pp. 1442 y ss. Buenos Aires: LL, 2004.

COTTINO, G. *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, v. 1, t. 2, 3ª ed. Padova: Cedam: 1994.

COUTURE, E.J. *Vocabulario jurídico, con especial referencia al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales

- de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960.
- CREIMER BAJUK, I. *Concursos, Ley n° 18.387 de 23 de octubre de 2008*. Montevideo: FCU, 2009.
- CRESCIENZO, U. «L'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società fallite», *Il fallimento e le altre procedure concorsale*, v. 4, pp. 363-409. Dir. L. Panzani. Torino: UTET, 2000.
- CREUS, C. *Quebrados y otros deudores punibles*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- CUSNIR, A.R. «Directores de facto y teoría de la apariencia», *RDCO*, año 3, n° 14, pp. 239 y ss. Buenos Aires: Depalma, 1970.
- CUZZERI, E. «Del fallimento», *Il Codice di Commercio Commentato*. 3ª ed. Coord. L. BOLAFFIO y C. VIVANTE, v. 8. Torino: UTET, 1911.
- CHALAR SANZ, L. «La obligación del administrador de solicitar el concurso de la entidad en la Ley 18.387», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales, a los 20 años de su promulgación*. Montevideo: FCU, 2009.
- CHALAR SANZ, L., y MANTERO MAURI, E. «La calificación del concurso», *ADCom*, n° 13, pp. 185-204. Montevideo: FCU, 2010.
- . «Tratamiento del grupo económico en el proyecto de reforma concursal», *ADCom*, n° 12. Montevideo: FCU, 2008.
- CHAMPAUD, C. «Le pouvoir de concentration de la société par actions», *Bibliothèque de droit commercial*, v. 5, dir. por R. Houin. Paris: Sirey, 1962.
- CHIAVASSA JUNYENT BAS, F. «Responsabilidad de socios, administradores y representantes en las sociedades comerciales», *Infojus, Sistema argentino de información jurídica*, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), descargado el 11 de junio de 2012.

- DALSACE, A. *Manuel des sociétés anonymes, complément et mise à jour au 15 février 1968*. Paris: Dalloz, 1968.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Montecorvo, 1992.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. *La responsabilidad civil*. 2<sup>a</sup> ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1988.
- DE GREGORIO, A. «De las sociedades y de las asociaciones comerciales», in: BOLAFFIO, L., ROCCO, A., y VIVANTE, C. *Derecho comercial*, t. 6. Buenos Aires: Ediar, 1950.
- DE MIQUEL BERENGUER, J. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores. Concurso fortuito – concurso culpable*. Barcelona: Bosch, 2012.
- DEDESSUS LE-MOUSTIER, N. «La responsabilité du dirigeant de fait», *RS*, julio-setiembre, pp. 449 ss. Paris: Dalloz, 1997.
- DÍAZ CABIALE, J.A. *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislator*. Granada: Comares, 2009.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2006.
- . *El administrador de hecho de las sociedades*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2002.
- . *La responsabilidad penal de los socios y administradores*. Madrid: Montecorvo, 1997.
- . *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid: Montecorvo, 1995.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *RDM*, n° 273, pp. 1013-1040. Madrid: Civitas, 2009.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 5, *La responsabilidad civil extracontractual*. Cizur Menor [Navarra]: Aranzadi, 2011.
- DOBSON, J.M. *El abuso de la personalidad jurídica*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A. «Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades, particular referencia a la teoría del administrador de hecho», *Derecho de sociedades, Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, v. 2, pp. 1299-1320. Madrid [etc.], McGraw-Hill, 2002.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 137-160. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- . «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5, pp. 5303-5322. Madrid [etc.]: McGraw-Hill, 2002.
- EMBID IRUJO, J.M. «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RDS*, n° 30, 2008, pp. 19-31. Pamplona: Aranzadi, 2008.
- . «Grupos de sociedades y Derecho concursal», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 1885-1908. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- . *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares, 2003.
- . «El levantamiento del velo de la sociedad anónima: doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas de la

sociedad», *Tribuna social, Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 17, pp. 7-10. Valencia: CISS, 1992.

ESCUTI, I.A., y JUNYENT BAS, F. *Derecho concursal* Buenos Aires: Astrea, 2006.

ESPÍN ALBA, I. *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á. *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Bosch, 2005.

———. «Comentario al art. 48», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, v. 1, pp. 473-569. Coord. J. M<sup>a</sup> SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS. Barcelona: Bosch, 2003.

———. «El pago de las deudas sociales», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, v. 3, pp. 1781-1808. Coord. J. M<sup>a</sup> SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS. Barcelona: Bosch, 2003.

ESTEBAN VELASCO, G. «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 161-247. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

———. «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios de Derecho Judicial*, n° 24, pp. 57-130. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

———. «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. 2. Coord. J.L. IGLESIAS PRADA. Madrid: Civitas, 1996.

———. «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *RDS*, n° 5, pp. 71-74. Pamplona: Aranzadi, 1995.

- . «Responsabilidad civil de los administradores», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, pp. 5912 y ss. Madrid: Civitas, 1992.
- . «Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital», *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pp. 389-449. Coord. A. ALONSO UREBA, J.M. CHICO ORTIZ y F. LUCAS FERNÁNDEZ. Madrid: Civitas, 1987.
- . *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*. Madrid: Civitas, 1982.
- ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999.
- ESTÉVEZ, J.A. «Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad», *Diario LL*, de 26/4/2000, pp. 1232 y ss. Buenos Aires: LL, 2000.
- ETCHEVERRY, R.A. «Supuestos de extensión de la quiebra», *LL*, 1982-B, p. 812. Buenos Aires: LL, 1982.
- ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo de reforma de la Ley concursal*. Las Rozas (Madrid), LL, 2009.
- FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- FARGOSI, H.P., y FARGOSI, A. «Notas sobre los administradores de hecho», *Revista jurídica argentina La Ley*, 1987 E, pp. 1 y ss. Buenos Aires: LL, 1987.
- FASSI, S.C., y GEBHARDT, M. *Concursos y quiebras, Comentario exegético de la Ley 24.522, Jurisprudencia aplicable*. 6<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- FAVIER DUBOIS, E.M. (pater), y FAVIER DUBOIS, E.M. (h). «La actuación de “testaferros” en el Derecho societario. El socio aparente y el socio oculto.» *Errepar*, DSE, n° 254, t. 21, pp. 5 y ss. 2008.

- FEIJOO, B.J. «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal», *ADCo* n° 16, pp. 25-79. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.
- FERNÁNDEZ, A. *Diccionario de términos económicos, agroeconómicos y contables*. Santiago de Cuba: s.n., 2004.
- FERNÁNDEZ, R.L. *Fundamentos de la quiebra*. Buenos Aires: Compañía Impresora Argentina, 1937.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 701-721. Coord. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. «La calificación del concurso», *La reforma de la legislación concursal, Estudio sistemático de las leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*. Coord. Á.J. MARTÍN MUÑOZ, pp. 257-274 Madrid: Dykinson [etc.], 2004.
- FERNÁNDEZ MADRID, J.C. *Código de Comercio Comentado*, t. 1. Buenos Aires: Errepar, 2000.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Efectos del la calificación (art. 172)», *Ley Concursal, comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. 2, pp. 647-672. Coord. GALLEGO SÁNCHEZ. Madrid: LL, 2005.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Madrid: Dykinson, 1998.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 697-

728. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J. «Prescripción y caducidad de derechos y acciones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 14. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

FERRARI, M. *La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens*. Paris: Thèse, 1970.

FERRÉ FALCÓN, J. *Los créditos subordinados*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

FERREIRA TAMBORINDEGUY, H. «El director o administrador de hecho en el Derecho uruguayo. Algunas reflexiones sobre su régimen de responsabilidad», *Estudios jurídicos*, n° 1, pp. 197-213. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2006.

FERRER, G.L. *Responsabilidad de los administradores societarios (con especial referencia al supeusto de insolvencia)*. Buenos Aires: LL, 2009.

———. «Prescripción de la acción de responsabilidad de directores de sociedades anónimas», *RDPC*, n° 22, pp. 155-190. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000.

FERRER BARRIENDOS, A. «Comentario al art. 168 LC», *Comentarios a la ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y formularios*, pp. 1728-1755. Coord. J. Mª SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS. Barcelona: Bosch, 2003.

FERRO ASTRAY, J.A. «Sociedad unipersonal», *ADCom*, n° 5, pp. 11 y ss. Montevideo: FCU, 1991.

FIDLER, P. «Bank as shadow directors», *The Journal of International Banking Law*, 1992, pp. 97 y ss.

FIGUEROLA, M. «Extensión de la quiebra, diversos supuestos en relación al art. 160 LCyQ», *Tratado de Derecho Comercial*, t. 12: *Concursos y quiebras*, pp.

713-778. Dir. E.E. MARTORELL. Coord. del tomo: G.A. ESPARZA. Buenos Aires: LL, 2010.

FILIPPI, L. «La figura del "administrador de hecho" en las sociedades anónimas», *LL*, 2004-A, pp. 1262 y ss. Buenos Aires: LL, 2004.

———. «La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, pp. 927-935. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2003.

FILIPPI, L., y PARDINI, M. «El derecho de información de los directores», *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 2, pp. 213-220. Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2001.

FRANZONI, M. *Gli amministratori e i sindaci*. Torino: UTET, 2002.

———. *Tratatto della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000.

FRE, G. *Società per azioni*, Bologna: Zanichelli; Roma: Foro Italiano, 1972.

FUENTES NAHARRO, M. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2007.

———. «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, pp. 289-310. Madrid: Marcial Pons, 2006.

GAGLIARDO, M. *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Societaria, tributaria, aduanera, civil, otras responsabilidades específicas*. 3<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

GALGANO, F. *Diritto civile e commerciale*, v. 3.1 *L'impresa. Le società in genere. Le società di persone*. 4<sup>a</sup> ed. Padova: CEDAM, 2004.

- . «El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas», *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, pp. 63-84. Madrid: Civitas, 1995
- . «Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale», *Contratto e impresa*, n° 3, año 3, pp. 702-724. Padova: CEDAM, 1987.
- GALINDO GARFIAS, I. *Sociedad anónima, responsabilidad civil de los administradores*. México: Imprenta Nuevo Mundo, 1957.
- GALLEGRO SÁNCHEZ, E. «La responsabilidad civil de los administradores de entidades bancarias», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 441-559. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Madrid: LL, 2009.
- . «Calificación del concurso», *Concurso e insolvencia punible*, pp. 487-509. Coord. J. HERNÁNDEZ MARTÍ. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GALLEGRO SOLER, J.I. «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», *Derecho penal de la empresa*, pp. 147-175. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- GAGGERO ERRECART, E.D. «La inoponibilidad de la personería jurídica», *Análisis exegético de la Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, pp. 166-178. Montevideo: FCU, 1992.
- GAMARRA, J. *Responsabilidad contractual*, v. 1: *El incumplimiento*. Montevideo: FCU, 1996.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 17. Montevideo: FCU, 1992.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 20: *Responsabilidad civil extracontractual*, v. 2°. Montevideo: FCU, 1988.

- . «Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad», *ADCU*, t. 13, pp. 127-139. Montevideo: FCU, 1983.
- . *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 19: *Responsabilidad civil extracontractual*, v. 1°. Montevideo: s.d., 1981.
- GARCÍA CAVERO, P. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: Bosch, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*. Madrid: Civitas, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, E., e IBORRA, C. «Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso», *ADCo*, n° 12, pp. 186 y ss. Madrid: Civitas, 2007.
- GARCÍA MARTÍNEZ, R. *Derecho concursal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- GARCÍA RUBIO, M.P. «Comentario al art. 48», *Comentarios a la ley concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8-2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*, pp. 438 y ss. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 2004.
- GARCÍA TESTAL, E. «Miembros de los órganos de administración y relación laboral especial de alta dirección. ¿Es posible su compatibilidad? Comentario a la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Navarra de 17 de setiembre de 2007», *AS*, BIB 2007/2784. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 295-357. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, n° 28, pp. 31-68. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

- . «De la calificación del concurso», *Comentario de la Ley Concursal*, t. 2, pp. 2513-2613. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Reimpresión de la 1ª ed. (2004). Madrid: Civitas, 2008.
- . «Concurso, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)», *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 4913-4946. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- . *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004.
- . «El problema de la represión de la conducta del deudor común», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, pp. 248-322. Madrid [etc.]: Marcial Pons [etc.], 2003.
- . «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores», *AC*, n° 3, pp. 2185-2204. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- . *Jornadas sobre la Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*. Valencia, 11 a 15 de noviembre 2002.
- . «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencia», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*. Coord. E. GALÁN CORONA y J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. Madrid: Tecnos, 1999.
- GARMENDIA ARIGÓN, M. *Eficacia práctica de las normas laborales*. Montevideo: FCU, 2005.
- GARNICA MARTÍN, J.F. «La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *Aranzadi Insignis*. BIB 2012\206.

- . «La crisis económica de la sociedad y sus repercusiones respecto de la responsabilidad de sus administradores (particular examen de la responsabilidad en el ámbito del proceso concursal)», *Revista Tècnica Tributaria*, n° 24, 2006, pp. 28 y ss. <http://www.apttcb.cat/ca/24>.
- . «El levantamiento del velo de la persona jurídica», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 77-124. Dir. S. VILATA MENADAS. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- GARRIDO, J.M. «Algunas observaciones en torno al estado de la legislación concursal en Inglaterra y a la propuesta de reforma del Derecho español», *RDBB*, v. 63, pp. 825-831. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica, 1996.
- . «El Informe Winter y el gobierno societario en Europa», *RDS*, n° 20, pp. 111-133. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- GARRETA SUCH, J. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Curso de Derecho Mercantil*, t. 2, 8ª ed. rev. por F. SÁNCHEZ CALERO. Madrid: Imprenta Aguirre, 1983.
- . *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, 7ª ed. rev. por A. BERCOVITZ. Madrid: Imprenta Aguirre, 1976.
- . *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, v. 2. 3ª ed. rev., corr. y act. por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA. Madrid: Imprenta Aguirre, 1976.
- . «Formas sociales de uniones de empresas», *RDM*, n° 7, pp. 57-75. Madrid: s.n., 1947.
- GEBHARDT, M. *Prevención de la insolvencia*. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- GERMAIN, M. *Des entreprises: quelles procédures? quelles responsabilités?* Paris: Litec, 2007.

- GERMÁN FLORIO, C.D. *Objeto y causa de las sociedades comerciales*. Montevideo: FCU, 1998.
- GIRALDO, M., y ZULUAGA, J. «Socio oculto y la quiebra», *LL*, 1999-F-749, Res. de fallos 42.065-S. Buenos Aires: LL, 1999.
- GIRGADO PERANDONES, P. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- . *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Granada: Comares, 2001.
- GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, v. 1. Madrid: s.n., 1976.
- . *Las grandes empresas*. Valladolid: Publicaciones Facultad de Derecho, 1965.
- . «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *ADC*, v. 12, n° 2, pp. 419-450. Madrid: Civitas, 1959.
- GÓMEZ CALERO, J. *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*. Madrid: Dykinson, 1998.
- GÓMEZ MARTÍN, F. *Comentarios a la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.
- GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M. «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 299-335. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 15, pp. 355-365. Madrid: La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P. *Tratado de quiebras*. Madrid: 1856.

- GORDILLO CAÑAS, A. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Salamanca: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- GOWER, L.C.B. et al. *Gower's principles of modern company law*. London: 1992.
- GRANADOS, E.I.J., ÁLVAREZ, F.A., y GERBAUDO, G.E. «¿Es necesaria la autorización del art. 119 de la LCQ para promover la acción pauliana?, *Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra*, pp. 191 y ss. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- GRAZIABILE, D. «Bases para el estudio del sistema de inoponibilidad concursal, los periodos de sospecha y retroacción», *RJA LL*, 2007, t. A, pp. 689 y ss. Buenos Aires: LL, 2007.
- GRIFFIN, S. «Problems in the identification of a company director», *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 54, pp. 43 y ss. Belfast: Queen's University, 2003.
- GRISPO, J.D. *El socio «aparente» y el socio «oculto» en la Ley de Sociedades Comerciales*, descargado el 22/9/2013 de [http:// www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar).
- . *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*, t. 4. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- GUASCH MARTORELL, R. «El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal», *RDM*, n° 253, pp. 1417-1453. Madrid: Civitas, 2004.
- GUERRA MARTÍN. «Capítulo II (Gobierno Societario) del Informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades sobre un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa (Informe Winter), Bruselas, 4 de noviembre de 2002», *RDS*, n° 20, pp. 275-291. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J. «La sección sexta del concurso: la calificación», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos (ciclo de conferencias sobre la Ley concursal: Sevilla, del 4 al 11 de mayo de 2005)*, pp. 413-441. Coord. F. ELORZA GUERRERO y M.J. GUERRERO LEBRÓN. Sevilla: s.n., 2009.

- GUERRERO LEBRÓN, M.J., y GÓMEZ PORRÚA, J.M. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 2, pp. 1965-1988. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad del deudor concursado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GULLÓN, «Artículo 1914», *Comentario del Código Civil*, t. 2. Dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CO-DERCH. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1993.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 359-413. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GUYON, Y. *Droit des affaires*. 2 v. 8ª ed. Paris: Economica, 1993.
- HADJI-ARTINIAN, S. *La faute de gestion en droit des sociétés*. Paris: Litec, 2001.
- HAEHL, J.Ph. «Redressement et liquidation judiciaires, Sanctions», *RTD com.*, 1996, pp. 537 y ss. Paris: Sirey, 1996.
- HALPERÍN, I. *Sociedades anónimas, examen crítico del Decreto-Ley 19.550*. Buenos Aires: Depalma, 1975.
- HALPERÍN, I., y BUTTY, E.M. *Curso de Derecho Comercial*, v. 1, 4ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- HAMEL, J.A. *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*. Buenos Aires: LL, 1964.

- HASMANN, H., y KRAAKMAN, R. «The Essential Role of Organizational Law», *YLJ*, n° 110, pp. 387-440. New Haven (CT): Yale Law Journal, 2000.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, J., y ALTÉS TARREGA, J. «Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración», *Concurso e insolvencia punible*, pp. 33-76. Coord. J. HERNÁN-DEZ MARTÍ. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, n° 280, abril-junio. Madrid: Civitas, 2011.
- HERRERA OREGGIA, N. «Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho», *ADCom*, n° 1, pp. 53-71. Montevideo: FCU, 1984.
- HERRERA PETRUS, C. «El crédito contra los administradores en la sección de calificación (naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado)», *ADCo*, n° 10, pp. 479-506. Madrid: Civitas, 2007.
- HEUER NOTAROBERTO, F., y RODRÍGUEZ MASCARDI, T. *Las pericias en materia concursal*. Montevideo: Idea, 2012.
- HICKS, A. «Advising on wrongful trading», *Company Law*, v. 2, pp. 55 y ss. 1993.
- HIRSCH, D.R. «La responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales», *Jornadas Brasileñas de la Association Henri Capitant*. Porto Alegre: s.n., 1984.
- HOLZ BRANDUS, E.R. «La infracapitalización societaria en el Derecho y doctrina uruguaya», *ADCom*, n° 14. Montevideo: FCU: 2012.
- HOLZ BRANDUS, E.R., y RIPPE KÁISER, S. *Reorganización empresarial y concursos, Ley 18.387*. Montevideo: FCU, 2009.
- HUERTA VIESCA, M.I., y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. «La responsabilidad concursal de los administradores. A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012», *ADCo*, n° 28, pp. 207-220. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.
- . *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2008.

———. *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2008.

———. «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal?» *DN*, v. 139, abril, pp. 1-17. Madrid: LL, 2002.

HURTADO COBLES, J. *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*. Barcelona: Atelier, 2000.

IFRÁN, G. *Curso de Derecho de Seguros*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2006.

JACQUEMONT, A. *Droit des entreprises en difficulté*. 4<sup>a</sup> ed. Paris: Litec, 2006.

JASSOGNE, C., et al. *Traité pratique de droit commercial*, t. 2. Bruxelles: Kluwer, 1992.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA BUZO, M. «Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima», *Temas de Derecho societario, 10 años de la ley de sociedades comerciales, análisis y perspectivas*. Montevideo: FCU, 2000.

JUAN SANJOSÉ, R.J. «Sobre la carga de la prueba», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n<sup>o</sup> 40, pp. 59-80. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

JUNYENT BAS, F. «Extensión de la responsabilidad en el proceso falencial», *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, pp. 295-325. Dir. M. ARECHA. Coord. A.C. ALONSO. Buenos Aires: Legis Argentina, 2009.

———. «Acciones de responsabilidad en el proceso falencial», *RJA*, t. 3, pp. 750 y ss. Buenos Aires: 1999.

JUSTE MENCÍA, J. «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 121-159. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

———. «Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2, pp. 1351-1382. Madrid: McGraw Hill, 2002.

———. «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (Nota a las SSTs de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la AP de Valencia de 27 de setiembre de 1999)», *RDS*, n° 14, pp. 441-457. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2000.

JUNYENT BAS, F., y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, L. «Responsabilidad de los administradores societarios», *I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario*, t. 2, pp. 709 y ss. Córdoba: Advocatus, 1992.

LA MONICA, M. *I reati fallimentari*. Milano: 1972.

LANDERS, J.M. «A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy», *UCLR*, n° 42, pp. 589-652. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

LANSOT TOGNOLA, A. «El interés de los acreedores versus el principio de conservación de la empresa», *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Crisis de la economía mundial y concursalidad*, pp. 255-260. Montevideo: FCU, 2008.

LARA GONZÁLEZ, R. «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 89-120. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

- LATORRE CHINER, N. «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, 2383-2392. Dir. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.
- . «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)», *RDS*, n° 32, pp. 389-398. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.
- . *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*. Albolote (Granada): Comares, 2003.
- . «El administrador de hecho en las sociedades de capital», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Albolote (Granada): Comares, 2003.
- LE CANNU, P., et al. *Entreprises en difficulté*. Paris: GLN-Joly, 1994.
- LE PERA, S. *La naturaleza jurídica*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- LE TOURNEAU, Ph. «L'action en comblement du passif contre un franchisseur dirigeant de fait, ou la frontière entre l'étroite collaboration des parties au contrat de franchise et l'immixtion dans la gestion», *RTD com.*, 1996, pp. 537 y ss. Paris: Sirey, 1996.
- LEGEAIS, R. «Un mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés», *RTD Com.*, n° 2, pp. 137 y ss. Paris: Sirey, 1957.
- LEVENEUR, L. *Situations de fait et droit privé, Bibliothèque de droit privé*, t. 212. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
- LIGHTMAN, J. «The challenges ahead: address to the Insolvency Lawyers Association», *Journal of Business Law*, v. 113. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 1996.

- LOBAT DE BLAS, J. «Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista Jurídica de Navarra*, n° 15, pp. 155-168. Pamplona: Departamento de Presidencia, 1993.
- LOOSE, P., et al. *The company directors, liabilities, rights and duties*. Bristol: 1993.
- LÓPEZ APARCERO, A. *Concepto de grupo de sociedades y concurso*, *ADCo*, n° 26, pp. 251-272. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- . *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal, selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.
- LÓPEZ CABANA, R.M., y ALTERINI, A.A. «Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad», *LL*, Infojus DACC890205, desc. de <http://www.infojus.gov.ar> (1989).
- LÓPEZ DE MEDRANO, F. «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *ADCo*, n° 12, pp. 33-73. Madrid: Civitas, 2007.
- . *La separación de los administradores de la sociedad anónima*. Barcelona: Bosch, 1986.
- LÓPEZ GUERRA, L. et al. *Derecho constitucional*, 2 v. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J. *La responsabilidad civil extracontractual: una exploración jurisprudencia y de filosofía jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- LORENTE, J.A. «La búsqueda de mecanismos de “preinsolvencia” o de “alerta temprana” depende mucho más de la capacidad de los operadores económicos y jurídicos que de la creatividad del legislador», *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, t. 2, pp. 203 y ss. Rosario: 2006.

LORENZETTI, R.L. «La responsabilidad civil», *LL*, 2003-A, pp. 973 y ss. Buenos Aires: LL, 2003.

LUJÁN ALCARAZ, J. «Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo», *AS*, 2002-V, pp. 187-197. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.

LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L. *Manuel de Droit Commercial*, 5<sup>a</sup> ed. colab. de A. AMIAUD. Paris: LGDJ, 1928.

LLEBOT MAJÓ, J.O. «La responsabilidad concursal de los administradores», *RGD*, v. 657, junio, pp. 7559-7566. Valencia: Augusto Vicente y Almela, 1999.

———. «La responsabilidad concursal de los administradores», *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, pp. 331-353. Madrid: Consejo General de Colegios de Econo-mistas, 1999.

———. «El sistema de la responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia», *RDS*, n<sup>o</sup> 7, pp. 49-70. Pamplona: Aranzadi, 1996.

———. *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1996.

MACHADO PLAZAS, J. «La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 55-87. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

———. «Los liquidadores de las sociedades de capital», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, pp. 145-185. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

———. *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

- . *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid: Civitas, 1997.
- MAFFÍA, O.J. *Manual de concursos*, t. 1. Buenos Aires: La Rocca, 1997.
- . *Derecho concursal*, t. 2. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- MAIRATA LAVIÑA, J. «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2, pp. 1383-1411. Madrid: McGraw Hill, 2002.
- MAMBRILLA RIVERA, V. «Contenido de la sentencia de calificación (art. 172)», *Comentarios a la legislación concursal*, v. 3, pp. 2833-2864. Dir. J. SÁNCHEZ CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- . «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 4947-4997. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- MANÓVIL, R.M. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- MARCORA, G. *L'azione civile di responsabilità contra gli amministratori di società anonima*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. «Responsabilidad concursal», *ADCo*, n° 28, pp. 103-157. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.
- . «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (comentario a la STS 1.a de 23 de febrero de 2011)», *RDCP*, n° 15, pp. 463-474. Madrid: La Ley, 2011.
- . *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- . «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital», *RDS*, n° 24, pp. 91-120. Pamplona: Aranzadi, 2005.

- . «Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (Sección 11<sup>a</sup>) de 28 de enero de 2002», *RDS*, n° 19, pp. 179-198. Pamplona: Aranza-di, 2002.
- MARTÍN ALONSO, O. «Disolución y liquidación de sociedades. Responsabilidad de los liquidadores», *Aranzadi Insignis*, BIB 2012\6445.
- MARTÍN REYES, M.A. «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *ADCo*, n° 26, pp. 177-204. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- . «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, n° 277, pp. 835-898. Madrid: Civitas, 2010.
- MARTÍNEZ BLANCO, C. *Manual de Derecho Concursal. De las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal (Ley N° 18.387 de 23/10/2008)*. 2<sup>a</sup> ed. Montevideo: FCU, 2012.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. *Las interdicciones legales del quebrado*. Madrid: Civitas, 1993.
- MARTÍNEZ IRIARTE, C. «La acción social de responsabilidad y la quiebra de la sociedad», *Estudios de Derecho Comercial Moderno*, pp. 767 y ss. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. «La tutela penal del derecho de información del accionista», *RDS*, n° 11, pp. 157-182. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- MARTÍNEZ SANZ, F. «Los administradores responsables», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 55-87. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- MARTORELL, E.E. *Tratado de concursos y quiebras*, tt. 2 y 3, *De la quiebra*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

- . *Los contratos de dominación empresarial*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- . «Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?», *LL*, 1993-E, pp. 709 y ss. Buenos Aires: LL, 1993.
- . *Los directores de las sociedades anónimas: derechos, obligaciones, responsabilidades*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MARTORELL ZULUETA, P. «Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 13-76. Dir. S. VILATA MENADAS. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- MARRERO, J.M. «Responsabilidad de los administradores ante el concurso de acreedores», *Revista Know Tax & Legal*, abril-marzo, pp. 2-4. KPMG Abogados, 2008.
- MASSAGUER FUENTES, J. «Estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)», *RDM*, n° 192, pp. 281-326. Madrid: s.n., 1989.
- MATA Y MARTÍN, R.M. «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal», *RDS*, n° 13, pp. 141-162. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- . «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995.», *RDS*, n° 5, pp. 164 y ss. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- MAYO CALDERÓN, B. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta «de lege ferenda»*. Albolote (Granada): Comares, 2005.
- MENDÍVIL, J.H. «De los efectos sobre el deudor», *Tratado práctico concursal*, v. 2, *Efectos de la declaración del concurso*, pp. 21 y 216. Dir. P. PRENDES CARRIL. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. «Auxiliares del empresario», *RDM*, n° 72, 269 ss. Madrid: s.n., 1959.
- MERCADAL VIDAL, F. «La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada (en torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao)», *ADCo*, n° 14, pp. 373-388. Madrid: Civitas, 2008.
- MERCIER, S. *Lexique sociétés commerciales*. Bruxelles: Kluwer, 2010.
- MERLE, P. «Effets sur le personne du débiteur et à l'égard des dirigeants sociaux», *RTD com.*, v. 38, pp. 162 y ss. Paris: Sirey, 1985.
- MEZZERA ÁLVAREZ, R.V. *Curso de Derecho Comercial*, t. 5: *Quiebras*. 4<sup>a</sup> ed. act. y amp. por S. RIPPE KÁISER, sobre anterior act. por C. PAYSÉE CASH, F. BERRO. Montevideo: FCU, 1997.
- . *Curso de Derecho Comercial, Sociedades*, t. 3. Montevideo: Medina, 1952.
- MICHELI, G.A. «Nota a sentencia de la Corte de Casación», *Giustizia Civile*, año V, pp. 272 y ss. Milano: Giuffrè.
- MIGUENS, H.J. *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- MILLÁN, A., y ENRÍQUEZ, B. «Responsabilidad de los administradores y directivos de empresas ante la nueva Ley Concursal», *Economist & Jurist*, n° 82, pp. 52-62. Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004.
- MILLER ARTOLA, A. «El concepto del cómplice en el concurso culpable», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial*, pp. 579-586. Montevideo: FCU, 2013.
- . «Consecuencias para el cómplice en el concurso culpable», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial*, pp. 587-594. Montevideo: FCU, 2013.

- . *Sociedades anónimas: directorio, síndico*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2005.
- MILLET, I. «Shadow directorship: a real or imagined threat to the banks», *Insolvency Practitioner*, v. 14, enero, 1991.
- MINERVINI, G. *Gli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1956.
- MIQUEL, J. «Las operaciones de liquidación», *La liquidación de las sociedades mercantiles*, pp. 187-216. Dir. Á. ROJO FER-NÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZA-NO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MOLERO MANGLANO, C. *El contrato de alta dirección*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011.
- MONTALENTI, P. «Le traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i management contracts», *Contratto e impresa*, n° 2, año 3, pp. 436-467. Padova: CEDAM, 1987.
- MONTÉRAN, T., y LE CORRE, P.M. «La loi de sauvegarde: première réforme». *Gazette des Procédures Collectives*, n° especial, pp. 59 y ss. Paris: Gazette du Palais, 2009.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. *Derecho jurisdiccional*, t. 2. 20 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- MONTESI, V.L. *Extensión de quiebra*. 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. «La responsabilidad por dolo», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 717-746. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. «Las reformas en materia de calificación del concurso», *La reforma concursal, III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, pp. 622 y ss. Dir. E. BELTRÁN SÁNCHEZ, J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y P. PRENDES CARRIL. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011.

- MORALES BARCELÓ, J. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- MORALES MORENO, A.M. «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, pp. 193-221. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- MORILLAS JARILLO, M.J. «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 7, pp. 53-88. Madrid: La Ley, 2007.
- . *El concurso de las sociedades*. Madrid: Iustel, 2004.
- . *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid (Las Rozas): LL, 2002.
- MORO, C.E. *Ley de Concursos: comentada, anotada y concordada*, 3 tt. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- . «Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra», *II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal*, t. 2, pp. 637 y ss. Córdoba: Fespresa, 2000.
- MORSE, G. *Charlesworth & Morse Company Law*. London: 1995.
- MOSSET ITURRASPE, J. «El fraude a la Ley», *RDPC*, v. 4, *Frau-des*, pp. 7-62. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993.
- MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. 7<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, 2011.
- MUÑOZ GARCÍA, A. «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital, efectos del convenio concursal societario», *RDS*, n° 28, pp. 183-215. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- . «Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital», *Corporate Governance Conflicts and Corporate*

*Insolvency, II Harvard-Complutense Seminar on Business Law.*  
[http://www.uc.es/info/mercantil/documentos/comunicacion\\_muñoz\\_garcia.pdf](http://www.uc.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_muñoz_garcia.pdf).  
2004.

MUÑOZ PAREDES, J.M. «La calificación del concurso: sentencia de calificación y responsabilidad concursal», *Tratado judicial de la insolvencia*, t. 2, pp. 1885-2012. Dir. PRENDES CARRIL, P., y MUÑOZ PAREDES, J.M. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.

MUÑOZ PÉREZ, A.F. *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador*. Elcano: Aranzadi, 2002.

MUÑOZ PLANAS, J.M., y MUÑOZ PAREDES, J.M. «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *RDM*, n° 250, pp. 1344 y ss. Madrid: Civitas, 2003.

NAVARRINI, U. *Trattato di diritto fallimentare: secondo la nuova legislazione*. 2 v. Bologna: Nicola Zanichelli, 1935.

NAVEIRA ZARRA, M.M. «La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis del Derecho de daños», *RDP*, n° 87, pp. 372-408. Madrid: EDERSA, 2003.

NEDEL, O. *Ley de Concursos y Quiebras 24.522 – 26.086 – 26.684 Comentada*. 3ª ed. Buenos Aires: LL, 2013.

NIETO MARTÍN, A. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Praxis, 1996.

NISSEN, R.A. *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

———. «Inoponibilidad de la personalidad jurídica. Interpretación amplia del artículo 54 in fine de la ley 19550», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho*

- Mercantil*, pp. 483-489. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2003.
- . *Impugnación de actos y decisiones assemblearias*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- . *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1: Arts. 1 a 162. Buenos Aires: Ábaco, 1982.
- NOONAN, C., y WATSON, S. «The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle», *JBL*, pp. 763-798. London: Stevens and Sons, 2006.
- NOTTÉ, G. «La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives», *Juris-classeur Périodique*, v. 1. Paris: Editions Techniques, 1980.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- NUVOLONE, P. *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*. Milano: 1965.
- OLIVARES JAMES, J.M. «En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima», *AAMN*, t. 21, pp. 267 ss. Madrid: EDERSA, 1991.
- OLIVENCIA RUIZ, M. «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», *RDCP*, n° 13, pp. 19-26. Madrid: La Ley, 2010.
- . «Ius variandi del titular de la acción cambiaria en caso de quiebra del demandado», *ADC*, t. 13, fasc. 1, enero-marzo, pp. 283 y ss. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1960.
- OLIVERA GARCÍA, R.M. «La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso», *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial*, pp. 607-612. Montevideo: FCU, 2013.

- . «El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo», *RDC*, n° 4, pp. 165-188. Montevideo: FCU, 2011.
- . «Responsabilidad de los directores de entidades de intermediación financiera», *ADCom*, n° 11, pp. 17-46. Montevideo: FCU, 2006.
- . *Estudios de Derecho Societario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.
- . *Anteproyecto de Ley de Concursos*. Montevideo: Universidad de Montevideo: 1999.
- . «La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios», *Anales del Foro*, n° 100, pp. 59 y ss. Montevideo: CAU, 1991.
- ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- ORIO L LLEBOT, J. «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 23-54. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- OSTRIN, B. «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», *CLJ*, n° 91, pp. 351-363. Chicago: Commercial Law League of America, 1986.
- OTAEGUI, J.C. «Los casos de extensión de la quiebra en el Derecho argentino», *Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Álvarez*, pp. 309-322. Montevideo: FCU, 1999.
- . *La extensión de la quiebra*. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- . *Concentración societaria*. Buenos Aires: Ábaco, 1984.
- . *Administración societaria*. Buenos Aires: Ábaco, 1979.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «La responsabilidad objetiva», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 799-820. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.

- PADOVANI, T. «Lectio brevis sulla sanzione», *Le pene private*, pp. 57-78. Milano: Giuffrè, 1985.
- PALÁ LAGUNA, R. «Disposición final vigésima y vigésima primera», *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, pp. 1880-1903. Dirs. J. PULGAR EZQUERRA, A. ALONSO UREBA, C. ALONSO LEDESMA y G. ALCOVER GARAU. Madrid: Dykinson, 2004.
- PANTALEÓN PRIETO, F. «Comentario al art. 1902 del CC», *Comentario del Código civil*, pp. 1971-2003. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, F., y GREGORACI-FERNÁNDEZ, B. «Responsabilidad de los administradores», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales*, pp. 722 y ss. Coord. M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ y A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PARRA LUCÁN, M.Á. «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable», *AC-Mercantil*, n° 2/2010. Pamplona, Aranzadi, 2010.
- . «Responsabilidad civil de administradores de sociedades», *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 1519-1603. Coord. L.F. REGLERO CAMPOS. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.
- PASCALE CAVALLIERI, R. *Decisiones financieras*. 6ª ed. Buenos Aires: Prentice Hall, Pearson Education, 2009.
- PAU PEDRÓN, A. *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *RDS*, n° 20, pp. 67-109. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- . «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2003.

- . «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, pp. 1323-1351. Dir. R. URÍA y A. MENÉNDEZ. Madrid: Civitas, 1999.
- . *La responsabilidad del socio colectivo*. Madrid: Civitas, 1993.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., y VELASCO CABALLERO, F. *Infracciones administrativas y autocartera en la sociedad anónima*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1997.
- PECORELLA, P.M., y GUALAZZINI, U. «Fallimento (Storia)», *Encicl. Dir.*, v. 16. 1967.
- PEINADO GRACIA, J.I. «La distribución del riesgo de insolvencia», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 1, pp. 427-465. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- PEIRANO FACIO, J. *Responsabilidad extracontractual*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954.
- PENNINGTON, R.R. *Company Law*. London: 1995.
- . *Director's personal liability*. London: 1987.
- PERCIAVALLE, M. *Acción de responsabilidad de administradores y síndicos societarios. Práctica y actualidad societaria*, t. 2. Buenos Aires: Errepar, 2007.
- PERDICES HUETOS, A.B. «Significado actual de los "administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran», *Derecho de sociedades I, Comentarios a la jurisprudencia*, v. 2, pp. 2365-2381. Dir. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.
- . «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil», *Derecho penal de la empresa*, pp. 131-146. Dir. M. Corcoy Bidasolo. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- . «Significado actual de los "administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran», *RDS*, n° 18, pp. 277-287. Pamplona: Aranzadi, 2002.

- PÉREZ CARRILLO, E.F. «El deber de diligencia de los administradores sociales», *RDS*, n° 14, pp. 275-324. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. «La calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», *La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial*, pp. 477-500. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004.
- . «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 5, pp. 4999-5012. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- PÉREZ ESCOLAR, R. «Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico, comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968», *RDM*, t. 45, pp. 399-414. Madrid: s.n., 1968.
- PÉREZ FONTANA, S.F. *Sociedades anónimas, comentarios a la Ley 16.060*, v. 1. Montevideo: FCU, 1991.
- PÉREZ IDIARTEGARAY, S. «Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, n° 4. Montevideo: FCU, 2004.
- PÉREZ PASCUAL, E. «La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos», *RDP*, mayo, pp. 411-466. Madrid: EDERSA, 1989.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién», *AC*, n° 1, pp. 2235-2270. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- PICASSO, S. «Comentario al art. 1072», *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial*, pp. 157 y ss. 3ª ed. Dir. A. BUERES. Coord. E. HIGHTON. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

- PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 7. Ed. rev. y comp. por G. RIPERT. Paris: LGDJ, 1928.
- PLANTAMP, D. *Contribution à l'étude de certaines responsabilités encourrues en cas de déffailance d'une société commerciale*. Grenoble: Thèse, 1987.
- POLO DÍEZ, A. *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1965.
- POLO SÁNCHEZ, E. «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, pp. 385-411. Coord. I. ARROYO MARTÍNEZ. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2007.
- . «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, t. 6. Dir. R. URÍA, A. MENÉNDEZ MENÉN-DEZ y M. OLIVENCIA. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 1992.
- PRADA GONZÁLEZ, J.M. de, «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. 2 (Sociedades mercantiles), pp. 2295-2238. Coord. J.L. IGLESIAS PRADA. Madrid: Civitas, 1996.
- PRENDES CARRIL, P. «Responsabilidad de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal». *Aranzadi Insignis*. BIB 2012\6444.
- . *La sociedad de responsabilidad limitada. Compendio de jurisprudencia comentada*. 2<sup>a</sup> ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.
- . «Recensión al libro "La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas" de Javier Valenzuela Garach», *ADCo*, n° 13, pp. 625-631. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008.

- . «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva», *AJA*, n° 731, pp. 1 y 11-13. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- . «La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal», *AC*, n° 2, pp. 2025-2048. Pamplona: Aranzadi, 2004.
- PRENDES CARRIL, P., et al. «Régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores de sociedades», *Aranzadi Insignis*. BIB 2012\9969.
- PRIME, T., y SCANLAN, G. *The Law of Private Limited Companies*. London-Dublin-Edinburgh: 1996.
- PROVINCIALI, R. *Trattato di diritto fallimentare*. 4 v. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.
- PUIG BRUTAU, J. *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona: Bosch, 1996.
- . *Compendio de Derecho Civil*, v. 2. Barcelona: Bosch, 1994.
- PUIG FERRIOL, L. «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 885-909. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.
- PULGAR EZQUERRA, J. «Los concursos de acreedores sin masa activa "ab initio": un problema a resolver», *LL*, v. 2, pp. 1837-1854. Madrid: LL, 2007.
- . *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: LL, 2005.
- . «Las pérdidas societarias cualificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, pp. 483-489. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2004.
- . «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*,

*para la reforma concursal*, pp. 86-170. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.

PUNZO, M. *La bancarotta impropia e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*. Padova: 1957.

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. «La responsabilidad concursal de los administradores», *Corporate governance conflicts and corporate insolvency*. Second Harvard-Complutense Seminar on Business Law, 2004.

QUECEDO ARACIL, P. «Comentario al artículo 168» (pp. 756-766) y «Comentario al artículo 172» (pp. 174 y ss.) *Derecho concursal práctico, comentarios a la nueva Ley Concursal*. Coord. M.Á. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. Madrid: Iurgium, 2004.

QUEVEDO MENDOZA, E.I. «Las medidas cautelares en el proceso concursal», *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, t. 1, pp. 221 y ss. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, n° 18, pp. 51-66. Madrid: LL, 2013.

———. «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)», *ADCo*, n° 27, pp. 359-371. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

———. «Comentario artículo 238», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, v. 2, pp. 1709 y ss. Dir. Á.J. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Madrid: Civitas, 2011.

———. «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, n° 10, pp. 19-48. Madrid: LL, 2009.

———. «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *Las sociedades comerciales y su*

- actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, pp. 1043-1068. Dir. D.R. VÍTOLO y J.M. EMBID IRUJO. Granada: Comares, 2003.
- . «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RDS*, n° 19, pp. 73-87. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- . «Responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA)», *RDS*, n° 5, pp. 262-282. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- . *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 1985.
- QUINTANA CARLO, I. «El estatuto de los administradores de una sociedad durante el concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, pp. 527-544. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005.
- QUINTANA FERREYRA, F, y ALBERTI, E.M. *Concursos, Ley 19.551, comentada, anotada y concordada*, t. 3. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- RAJAK, H.H., P.; BANNISTER, J.; y WHITE DURRANT, L. «Corporate insolvency law in the United Kingdom», *European corporate insolvency: a practical guide*, pp. 723-812. Chichester - West Sussex: John Wiley & Sons, 1995.
- RAJANI, S. *Tolley's Company Law*. Croydon: 1994.
- RAMELLA, A. *Trattato del fallimento*, 2ª ed. rev. y amp., 2 v. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.
- RAMÍREZ LÓPEZ, J.A. *La quiebra: Derecho concursal español*. 2ª ed. act. por J.M. CAMINALS y F. CLAVÉ. Barcelona: Bosch, 1998.
- RAMOS MONTESA, Á. «Art. 172, Sentencia de calificación», *Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudencia aplicable y*

*formularios*, pp. 743-753. Coord. A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, 2004.

REBOLLO, L.M. «Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 537-570. Coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ. Madrid: Dykinson, 2007.

REGLERO CAMPOS, L.F. «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 64-210. Coord. L.F. REGLERO CAMPOS. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

———. «Los sistemas de responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 211-248. Coord. L.F. REGLERO CAMPOS. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

REVILLA GONZÁLEZ, J.A. «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil, Derecho concursal, Derecho procesal concursal*, v. 7, pp. 292-346. Dir. M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, R. JIMÉNEZ DE PARGA. Coord. G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Madrid: Marcial Pons, 2004.

RICHARD, E.H. «El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba)», *RDCO*, n° 216, pp. 188 y ss. Buenos Aires: Depalma, 2006.

———. «Responsabilidad de administradores (y controlantes) societarios en los concursos y quiebras», *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, pp. 287-301. Rosario: 2001.

———. «Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades», *XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*. Buenos Aires: 2001.

RIPERT, G. *Traité élémentaire de droit commercial*. 3<sup>a</sup> ed. Paris: LGDJ, 1954.

RIPERT, G., y ROBLOT, R. *Traité de droit commercial*. 2 v. 15 ed. Paris: LGDJ, 1996.

- RIPPE KÁISER, S. «Aproximación crítica al presupuesto objetivo del “estado de insolvencia” y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal», *ADCom*, n° 14. Montevideo: FCU, 2012.
- . «Sociedad de un solo socio», *ADCom*, n° 7, pp. 45 y ss. Montevideo: FCU, 1996.
- . «Los libros de comercio en la legislación social y procesal», *RJud*, n° 34. Montevideo: 1992.
- RIVERA, J.C. *Instituciones de Derecho Concursal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997.
- RIVERA, J.C., ROITMAN, H., VÍTOLO, R.D., et al. *Ley de concursos y quiebras*, 3 tt. 3ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- RIVERA, J.C., CASADÍO MARTÍNEZ, C.A., DI TULLIO, J.A., et al. *Derecho concursal*, t. 3. Buenos Aires: LL, 2010.
- RIVES-LANGES, J.L. «La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967», *D. Chron.* 41. Paris: Dalloz, 1975.
- ROCA I TRÍAS, E. «Derecho de daños», *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*. Coord. M.R. VALPUESTA FERNÁNDEZ. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ROCCA, M.U. *Curso de Derecho Comercial*, t. 4. Montevideo: Medina, 1947.
- ROCCO, A. *Il fallimento, teoria generale e origine storica*. Milano: Giuffrè, 1962.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. «El concurso en la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, enero - 2011, pp. 33-39. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «Notas sobre el régimen jurídico del director general de S.A.», *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, v. 3, p. 115. Madrid: Tecnos, 1971.

- . *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración: la delegación en el órgano administrativo de la S.A.* Madrid: Montecorvo, 1971.
- RODRÍGUEZ AZUERO, S. «Responsabilidad de los administradores de sociedades», *Estudios en Memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Álvarez*, pp. 431-476. Montevideo: FCU, 1999.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. «La liquidación, la calificación y la conclusión del concurso», *Derecho mercantil II.*, 14 ed., pp. 1003-1038. Coord. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I. «La acción contra los socios personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica declarada en concurso en la Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio», *RDS*, n° 37, pp. 323-332. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- RODRÍGUEZ ESPARZA, V. «Deberes y responsabilidad del administrador en el caso de concurrencia de causa de disolución», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 125-160. Dir. S. VILATA MENADAS. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T. «Sobre el régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y la reciente doctrina jurisprudencial», *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación*, pp. 603-608. Montevideo: FCU, 2009.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., et al., *Cuaderno de Derecho Concursal*. 2ª ed. Montevideo: FCU, 2011.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T., y VENTURINI, B. «Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros», *RDC*, tercera época, n° 1, pp. 101-112. Montevideo: FCU, 2008.
- . «Un tema de actualidad: la responsabilidad de los administradores de empresas insolventes», *ADCU*, t. 29, pp. 573 y ss. Montevideo: FCU, 1999.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid: McGraw Hill de España, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURILLO, R. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 37, n° 3, 1984, pp. 677-692. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1984.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E. *Responsabilidad de los administrado-res y directores de sociedades anónimas*. Montevideo: LL, 2011.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*. Montevideo: FCU, 2009.
- . *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 6, *Derecho concursal uruguayo*, t. 1, *Quiebra*. Montevideo: FCU, 2004.
- . *Agrupaciones societarias en la nueva Ley de Sociedades y en el régimen jurídico anterior*. Montevideo: FCU, 1989.
- . *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*. Montevideo: Letras, 1973.
- ROITMAN, H. *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, t. 1. Buenos Aires: LL, 2006.
- . «Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra», *RDPC*, n° 11, t. 2, pp. 16 y ss. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1996.
- . «Responsabilidad concursal. El dolo», *La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldberg*. Dir. A.A. ALTERINI y R.M. LÓPEZ CABAÑA. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- . *Efectos jurídicos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*. Buenos Aires: Lerner, 1973.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.J. «El empresario», *Lecciones de Derecho Mercantil*, pp. 49-84. Dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. 11 ed. Cizur Menor (Navarra): Aranza-di, 2013.

- . «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español», *ADCo*, n° 10, pp. 315 y ss. Madrid: Civitas, 2007.
- . «La experiencia española», *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, pp. 205 y ss. Milano: Giuffrè, 2006.
- . «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español», *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, pp. 85 y ss. Milano: Giuffrè, 2006.
- . «La reforma del Derecho concursal español», *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*. Dir. Á.J. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, pp. 88-130. Madrid [etc.]: Marcial Pons [etc.], 2003.
- . «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», *Derecho de sociedades, libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, v. 2, pp. 1437-1484. Madrid: McGraw Hill, 2002.
- . «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, n° 220, pp. 457-484. Madrid: Civitas, 1996.
- . «La reforma del Derecho de sociedades anónimas», *BCE*, v. 42, p. 122. 1988.
- . «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, n° 138, pp. 509-525. Madrid: s.n., 1975.
- ROLDÁN RODRÍGUEZ, A. «Información de Derecho comunitario. Gran Bretaña. Definitiva abolición de la regla “ultra vires”. E importante enmienda en cuanto al objeto (“Purpose”) de las Sociedades de Capital», *Revista La Notaría*, mayo, sec. doctrinal, pp. 61-70. Barcelona: Colegio Notarial de Barcelona, 1990.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)», *RDCP*, n° 7, pp. 143-165. Madrid: LL, 2007.

- ROSENDE VILLAR, C. «De los presupuestos del concurso», *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 1061 y ss. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004.
- RONTCHEVSKY, N. *Code de Commerce*. 15 ed. Anotaciones de jurisprudencia y bibliografía por É. CHEVRIER y P. PISONI. Paris: Dalloz, 2010.
- ROUILLON, A.A.N. «Prólogo», in: GEBHARDT, M., *Prevención de la insolvencia*, pp. IX-XV. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- . *Código de Comercio, comentado y anotado*, t. 3. Buenos Aires: LL, 2005.
- . *Régimen de concursos y quiebras, Ley 24.522*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- . *Reformas al régimen de los concursos: comentario a la Ley 22.917*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1986.
- ROVELLI, R. *Disciplina penale dell'impresa*. Milano: 1953.
- RUBIO GARCÍA-MINA, J. *Curso de derecho de sociedades anónimas*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1974.
- . *La responsabilidad civil del empresario*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1971.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. «El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad», *ADCo*, julio-setiembre, pp. 923-937. Madrid: Civitas, 2000.
- RUÍZ MUÑOZ, M. «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (artículo 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo», *RDM*, n° 224, pp. 494-569. Madrid: Civitas, 2002.
- RYAN, C.L. *Company Directors, Liabilities, Rights and Duties*. Bicester: 1987.
- SAGARNA, F.A. «La responsabilidad civil en el último año del siglo XX: síntesis de una evolución», *LL*, 2000-D, pp. 1000 y ss. Buenos Aires: LL, 2000.

- SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Madrid [etc.]: Deusto, 1990.
- SALAS CARCELLER, A. «Nuevamente sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores de la sociedad concursada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5/2012. BIB 2012/1258. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- SALANDRA, V. *Manuale di diritto commerciale*, t. 1. Bologna: Cesare Zuffi, 1953.
- SALDAÑA VILLOLDO, B. *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Estudio jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- SALELLES CLIMENT, J.R. «Comentario al régimen de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada», *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Tec-nos, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P. «Punitive damages», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2000-1. Desc. el 6/9/09, de <http://www.indret.com>. Barcelona, 2000.
- SANAHUJA, F. «Concurso de acreedores: ¿cómo exigir responsabilidades?», *Práctica Jurídica, Mercantil*, 2012. <http://www.le.galtoday.com>.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. «Los grupos de sociedades y el concurso de acreedores en la jurisprudencia española (un diálogo con la jurisprudencia)», *Crisis empresarial y concurso, comentarios legales*, pp. 944-984. Coord. M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ y A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- . «Los liquidadores y el liquidador», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5, pp. 5173-5207. Madrid: McGraw-Hill, 2002.
- . *Los delitos societarios*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- . «Responsabilidad de los administradores y Registro mercantil (SSAP Barcelona de 5 octubre 1995 y 12 diciembre 1995)», *RDS*, n° 7, pp. 316-336. Pamplona: Aranzadi, 1996.

- SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. 2<sup>a</sup> ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2007.
- . *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. 2, 18 ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- . «Administradores», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, pp. 330 y ss. Dir. F. SÁNCHEZ CALERO. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 2 v. 36 ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «La acción social de responsabilidad (algunas cuestiones pendientes)», *RDM*, n° 281, pp. 95-124. Madrid: Civitas, 2011.
- . «Refinanciación y reintegración concursal», *ADCo*, n° 20, pp. 9-38. Madrid: Civitas, 2010.
- . «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADCo*, n° 5, pp. 55-59. Madrid: Civitas, 2005.
- . «Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el artículo 4 LMV», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 5, pp. 5465-5488. Madrid [etc.]: McGraw-Hill, 2002.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y FUENTES, M. «La reforma concursal y los grupos de sociedades», *En torno a la reforma concursal*, pp. 227-254. Cizur Navarra (Navarra): Aranzadi, 2012.
- SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. «La prohibición del ejercicio del comercio a los inhabilitados por concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 2, pp. 2329-2358. Madrid: Marcial Pons; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- SANCHO GARGALLO, I. «Coloquios», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, pp. 415-420. Coord. I. ARROYO MARTÍNEZ. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2007.

- . «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, pp. 413-415. Coord. I. ARROYO MARTÍNEZ. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2007.
- . «Calificación del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, pp. 545-580. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005.
- . «La calificación del concurso», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 161-213. Dir. S. VILATA MENADAS. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- . «El concurso de acreedores de la sociedad mercantil», *Cuadernos de Derecho Judicial*, v. 19, pp. 59 y ss. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- SANTARELLI, U. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*. Padova: CEDAM, 1964.
- SANTOS BRIZ, J. «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *Estudios de Derecho Judicial*, n° 24, pp. 327-353. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- . «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Dir. J. BOLÁS ALFONSO. Madrid: Consejo General del Poder Judicial - Consejo General del Notariado, 1999.
- . *Derecho de daños*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.
- SARAZÁ JIMENA, R. «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *ADCo*, n° 10, pp. 256-259. Madrid: Civitas, 2007.
- SASOT BETES, M., y SASOT, M. *Sociedades anónimas. El órgano de administración*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980.

- SATANOWSKY, M. *Estudios de Derecho Comercial*, t. 3. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1957.
- SCALERA, I. «Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta», *Dir. Fall.*, 1967, n° 2. Padova: CEDAM, 1967.
- SCHMIDT, K. «Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán: la Ley alemana de Insolvencia de 1994 (InsO)», *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, pp. 15-39. Dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2002.
- SCHMITTHOFF, C.M. *Palmer's Company Law*. London-Edinburgh, 1987.
- SCHOLASTIQUE, E. *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais*. Paris: LGDJ, 1998.
- SCHWARTZ, J. «Sociedad comercial y tipos societarios», *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.
- SEALY, L.S., y MILMAN, D. *Annotated guide to the insolvency legislation*. v. 1. 9<sup>a</sup> ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2006.
- SEALY, L.S., y WORTHINGTON, S. *Cases and Materials in Company Law*. 8<sup>a</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- SEGRERA TIZÓN, J.M. *Estudios de Derecho Concursal* Barcelona: Bosch, 1989.
- SELIGSON, C., y MANDELL, C.F. «Multi-Debtor Petition – Consolidated of Debtors and Due Process of Law», *CLJ*, n° 73, pp. 341-348. Chicago: Commercial Law League of America, 1968.
- SENÉS MOTILLA, C. «Tratamiento procesal de la oposición a la calificación de concurso culpable, comentario STS 22.4. 2010», *ADCo*, 2011-2, pp. 297-319. Madrid: Civitas, 2001.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., y MUÑOZ GARCÍA, A. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica (la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.

5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto», *RDCP*, n° 5, pp. 199-228. Madrid: LL, 2006.

SERRA, C. «Enmiendas a la Ley Concursal Portuguesa: mucho ruido pocas nueces», *ADCo* n° 28, pp. 293-303. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

SERRANO PAREDES, O. «En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas», *LL: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 5, 1385-1399. Madrid: Edilixa, 2004.

SIERRA HERRERO, A. *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.

SPENCE, N. «Personal liability for wrongful trading», *Insolvency Intelligence*, n° 17, pp. 11 y ss. 2004.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Albolote [Granada]: Comares, 2000.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. «La responsabilidad por deudas de los administradores de la sociedad anónima», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. 2, pp. 2481 y ss. Madrid: Civitas, 1996.

TATELBAUM, C.M. «The Multi-Tiered Corporate Bankruptcy and Substantive Consolidation - Do Creditors Lose Rights and Protection», *CLJ*, n° 89, pp. 285-288. Chicago: Commercial Law League of America, 1984.

TEPLIZCHI, E. «La legitimación activa en la acción revocatoria concursal», *LL*, 1996-B, pp. 945 ss. Buenos Aires: LL, 1996.

THON, A. *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Padova: CEDAM, 1951.

TOESCA DI CASTELLAZZO, F. «La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali», *Giust. Pen.*, 1937, v. 2, pp. 1129 y ss. Roma: s.n., 1937.

- TORRES DE CURELLS, J. «La extensión de la quiebra de las sociedades», *Revista Jurídica de Cataluña*, año 57, n° 1, pp. 179-182. Barcelona: Col·legi d'Advocats de Barcelona, 1958.
- TORRES PRIETO, S. «Título VI. De la calificación del concurso», *La nueva regulación concursal*, pp. 417-464. Dir. C. JIMÉNEZ SAVURIDO. Coord. C. HERMIDA y E. GARCÍA. Madrid: Colex, 2004.
- TORRUBIA CHALMETA, B. «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», *RDM*, n° 287, Aranzadi Insignis BIB 2013/391. Madrid: Civitas, 2013.
- TRIAS, R.I. «La responsabilidad civil extracontractual», *Derecho de obligaciones y contratos*, pp. 472-486. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- TRICOT, D. «Les critères de la gestion de fait», *Dr. et patr.*, n° 34, enero, pp. 27 y ss. Lamy: 1996.
- TRIOLO, I.L. «Responsabilidad de los administradores y socios controlantes por infracapitalización ante la insolvencia de la sociedad», *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, pp. 791-797. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, 2004.
- TUNC, A. *Le droit anglais des sociétés anonymes*. Paris: Dalloz, 1987.
- TURING, D. «Lender liability, shadow director and the case of Re Hydrodan (Corby) Ltd.», *The Journal of International Banking Law*, 1991, pp. 244 y ss.
- URÍA, R. *Derecho mercantil*. 28 ed., rev. y puesta al día por M.L. APARICIO. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- . *Derecho mercantil*. 25 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- . «Teoría de la concentración de empresas», *RDM*, n° 24, pp. 315-348. Madrid: s.n., 1949.

- . «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», *RDM*, v. 2, n° 4. Madrid: s.n., 1946.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. 14, 2ª ed. Dir. R. URÍA, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2007.
- . «Quiebra y suspensión de pagos», *Curso de Derecho mercantil*, t. 1, pp. 867-883. Madrid: Civitas, 2001.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Curso de Derecho mercantil*, t. 1. Madrid: Civitas, 2007.
- VAISER, L. «Responsabilidad de terceros en la quiebra y acción social de responsabilidad: coexistencia pacífica?», *VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, pp. 229-233. Mar del Plata: 1995.
- VAL TENA, A.L. de. *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*. Madrid: Civitas, 2002.
- VALENZUELA GARACH, J. *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- . «La responsabilidad societaria», *Not. UE*, n° 270, julio 2007.
- . «La responsabilidad de los administradores sociales por no solicitar el concurso de las sociedades anónimas tras la Ley concursal», *Estudios de Derecho Concursal*, pp. 191-210. Coords. J.I. PEINADO GRACIA y F.J. VALENZUELA GARACH. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- VALLARINO BERRETA, C. «Responsabilidad de los administradores en las empresas en crisis», *XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso*

- Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, pp. 567-577. Mar del Plata: 2010.
- VALPUESTA GASTANMIZA, E. «Comentario al artículo 48 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 387-403. Dir. F. CORDÓN MORENO. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004.
- VANHAECKE, M. *Les groupes de sociétés*. Paris: LGDJ, 1959.
- VASSEUR, M. *Droit des affaires*, v. 2, t. 4. Paris: Cours Droit, 1990.
- . «La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France», *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, pp. 61 y ss. dir. S. MACCARONE y A. NIGRO. Milano: Giuffrè, 1981.
- VATTERMOLI, D. «Grupos insolventes y consolidación de patrimonios (substantive consolidation)», *ADCo* n° 24, pp. 19-48. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- VÁZQUEZ ALBERT, D. «El concurso de las personas jurídicas», *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4, pp. 1055-1075. Barcelona: Col·legi d'Advocats de Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004.
- VEGA PÉREZ, F. «Protección de los acreedores en las sociedades de capital frente a los administradores», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. 2, pp. 1643 y ss. Madrid [etc.]: McGraw-Hill, 2002.
- VEIGA COPO, A. «La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales», *Derecho de sociedades*, t. 1. Dir. S. LLEBARÍA SAM-PER. Barcelona: Bosch Editor, 2008.
- VELA TORRES, P.J. «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», *RDCP*, n° 3, p. 101. Madrid: LL, 2005.
- VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Monografía asociada a la *RDCP*, n° 8. Las Rozas: LL, 2008.

- VERÓN, A.V. *Tratado de las sociedades anónimas*, t. 3. Buenos Aires: LL, 2008.
- VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 2 v., 23 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, n° 4, pp. 15-64. Madrid: LL, 2006.
- . «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, año 13, v. 144, setiembre, pp. 1-23. Madrid: LL, 2002.
- . «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», *DN*, v. 28, enero, pp. 1-10. Madrid: LL, 1993.
- . *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed. 2 t., 3 v. Barcelona: José, Mª Bosch, 1991.
- VIGUERA RUBIO, J.M. «La quiebra de las sociedades mercantiles», *Derecho mercantil*, v. 2, pp. 768-777. 7ª ed. coord. por G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Barcelona: Ariel, 2002.
- VILA FLORENSA, P. «Comentarios», *Nueva Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*. Coord. A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2004.
- VILATA MENADAS, S. «La responsabilidad de los administradores sociales dentro y fuera del concurso», *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, pp. 932-966. Dir. F. MARTÍNEZ SANZ. Coord. A. Puetz. Madrid: Tecnos, 2012.
- . *Manual breve de Derecho concursal*. Valencia: Consejo Valenciano de Colegio de Abogados, 2008.
- VILLAGRÁN, M.G. «La responsabilidad de los administradores de sociedades por actuar en estado de insolvencia. Bienes jurídicos protegidos», *X Congreso Argentino de Derecho Societarios, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, pp. 441-448. Córdoba: 2007.

- VILLAR, M. «La responsabilidad tributaria», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, pp. 599-651. Dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y E. BELTRÁN SÁNCHEZ. Coord. A.B. CAMPUZANO. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- . «Recensión al libro "El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal" de José Machado Plazas», *ADCo*, n° 13, pp. 619-624. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- . «La modificación del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», *RDM*, n° 266, pp. 995-1036. Madrid: s.n., 2007.
- . «El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit», *ADCo*, n° 4, pp. 268-291. Madrid: Civitas, 2005.
- . «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: wrongful trading», *RDM*, n° 255, pp. 299-318. Madrid: s.n., 2005.
- VIRASSAMY, G. «Qualité de dirigeant de fait d'une entreprise franchisée attribué au franchiseur condamné au paiement de l'insuffisance d'actif», *JCP*, 1994, II, 22.304. Paris: 1994.
- VÍTOLO, D.R. *Derecho Concursal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012.
- . «Sociedades unipersonales», *Cuestiones de Derecho Societario, en Homenaje a Horacio P. Fargosi*. Dir. D.R. VÍTOLO. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- WALTERS, A. «Wrongful trading: two recent cases», *ILJ*, n° 6, pp. 211 y ss. 2001.
- WILLIAMS, R. *El concurso preventivo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.

WONSIAK ZABIELOWIEZ, M., *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1. Montevideo: Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.

WONSIAK ZABIELOWIEZ, M., y ACUÑA DELGADO, M. del C. «Algunos problemas derivados de la aplicación de la Ley 16.060 desde la experiencia notarial», *Temas de Derecho Societario*, pp. 123-152. Montevideo: FCU, 2000.

XAVIER DE MELLO FERRAND, E. «Directores de SA en problemas», *Economía y mercado*. Montevideo: El País, 18 de mayo de 2009.

YADAROLA, M. «El concepto técnico-científico de cesación de pagos», *RJA*, sec. doct. 68, p. 6 y ss. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1939.

———. «Algunos aspectos fundamentales de la nueva ley de quiebras», *Revista Crítica de Jurisprudencia*, n° 18, pp. 433 y ss. Buenos Aires: 1934.

ZACHARIAE, C.S. *Cours de Droit Civile Française*. Trad. de la 5<sup>a</sup> ed., rev. y aum. por C. AUBRY y C. RAU. 2<sup>a</sup> ed. Bruxelles: Meline, Cans et Compagnie, 1850.

ZALDÍVAR, E., MANÓVIL, R.M., et al. *Cuadernos de Derecho Societario*. vv. 1-4. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

ZAMPERETTI, G.M., y NODARI, M.F. «Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare: lo stato dell' arte», *Giur. Comm.*, año 24, v. 1, pp. 607 y ss. Milano: Giuffrè, 1997.

ZAVALA RODRÍGUEZ, C.J. *Código de Comercio Comentado*, t. 6. Buenos Aires: Depalma, 1970.

ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*. Padova: 1954.