



auditoría  
contabilidad  
sociedades

[Quantor]

# Boletín contable Quantor

## Avance de información contable

Selección de las cuestiones más relevantes  
de auditoría, contabilidad y sociedades

### Opinión

## La responsabilidad civil de los administradores de derecho y de hecho en los procedimientos concursales

— Gonzalo Grijelmo  
*Bufete Barrilero y Asociados*

### Introducción

La actual Ley Concursal (LC), Ley 22/2003 de 9 de julio, **QC 2003/1300**, tal como establece su Exposición de Motivos, ha optado por establecer unos principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, y esto ha supuesto la superación de la diversidad que ha existido de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, y para personas físicas y jurídicas, consiguiendo una unidad y una simplificación del procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior la Ley Concursal dedica una especial atención, como no podía ser menos, a los concursos de sociedades de capital y a los efectos que en este caso produce la declaración a estas personas jurídicas y a sus administradores.

Respecto a los efectos que puede derivar el concurso sobre las personas físicas que se encargan del gobierno y de la administración de las personas jurídicas concursadas, debo destacar que la Ley Concursal establece una específica responsabilidad civil concursal al margen de las acciones societarias (la acción societaria individual y la acción derivada ex artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), siendo los artículos 48.3 y 172.3 los más destacados en esta materia. El primero gira en torno a los efectos del concurso, y el segundo en el ámbito de la calificación del concurso. Esta denominada responsabilidad concursal constituye un importante instrumento de tutela de los acreedores de las sociedades de capital insolventes, pudiéndola definir como aquella responsabilidad que nace en los concursos contra los administradores de hecho o de derecho como consecuencia de haber provocado o agravado la situación de insolvencia de la concursada como consecuencia de actos ilícitos, quedando personalmente obligados al pago, total o parcialmente, en función de la decisión del juez del concurso, del déficit patrimonial de la concursada.

Muchos expertos en la materia opinamos que la razón fundamental por la que las sociedades mercantiles acuden al proceso concursal es únicamente la de salvaguardar las responsabilidades de los administradores. No acudir a la misma en el momento oportuno puede suponer un claro motivo de calificación del concurso como culpable y provocar la responsabilidad civil de los administradores de acuerdo con lo establecido en el artículo 172.3 de la LC.

### Los administradores de derecho y de hecho

Es fundamental para aplicar la referida responsabilidad concursal, y por lo tanto establecer los obligados en el seno del concurso al pago total o parcialmente de las deudas insatisfechas tras la liquidación de la masa activa, determinar quiénes pueden ser los sujetos pasivos, en otras palabras, determinar el ámbito subjetivo de la

### Sumario:

#### Opinión

La responsabilidad civil de los administradores de derecho y de hecho en los procedimientos concursales

#### Gonzalo Grijelmo

*Bufete Barrilero y Asociados*

#### Últimos criterios de la Administración

Ampliación de capital con aportaciones de activos financieros disponibles para la venta.

#### Avance Normativo

*Normas estatales*

*Normas europeas*

*Normas forales*

*Álava*

*Bizkaia*

*Gipuzkoa*

*Navarra*

## ■ Administrador de derecho

responsabilidad. La Ley Concursal establece en el artículo 172.3 que se puede extender a "los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable y a quines hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso".

De la anterior previsión legal, no hay duda alguna que la cuestión que más incertidumbre e inquietud puede crear es la determinación de la figura del administrador de hecho. Para ello debemos comenzar con la concreción del administrador de derecho, que es aquel miembro del órgano de administración de la sociedad formal y válidamente designado por los órganos habilitados al efecto (la Junta General o en su caso el Consejo en los casos de cooptación) que han aceptado debidamente el cargo y cuyo mandato se encuentra vigente.

La figura del administrador de hecho surge con una finalidad clara: que la persona física que efectivamente decide, gestiona y administra no se escape del ámbito de responsabilidad propia de los administradores, es decir, evitar su impunidad por la simple falta de designación en forma legal. Es en el Código Penal de 1995 donde por primera vez aparece esta figura en nuestro Derecho; a continuación la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma efectuada por la Ley 37/1998, hace referencia a los administradores de hecho; posteriormente se traslada al ámbito concursal en la Ley 22/2003, y finalmente a la Ley de Sociedades Anónimas, por la Ley 26/2003 que modifica la ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas. En cualquier caso no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de administrador de hecho, lo que produce una grave inseguridad jurídica, ya que un sujeto puede ser calificado como administrador en un ámbito judicial y no serlo en otro.

## ■ Administrador de hecho

Como consecuencia de esa inseguridad jurídica sólo nos cabe acudir a tesis doctrinales para identificar a los administradores de hecho, sin que por sí mismas sirvan como mecanismo infalible. Dentro de estas tesis considero que la más acertada es la tesis del carácter fundamental del administrador de hecho, de tal manera se entiende que será administrador de hecho aquel sujeto que ejerza realmente y regularmente las funciones de gestión y administración de la sociedad, con independencia de la existencia o no de nombramiento; esto implica la existencia de un verdadero poder de dirección. Entre las figuras que pueden ejercer ese poder se encuentran los socios mayoritarios en las sociedades de pequeñas dimensiones o familiares, y en particular los socios únicos. También los apoderados generales pueden entrar dentro del grupo de presuntos administradores de hecho, pero en cualquier caso siempre será necesario que se demuestre que tal apoderado es quien dirige y gestiona regularmente la sociedad y que no existe subordinación respecto al órgano de administración de la sociedad.

### **El embargo preventivo del patrimonio del administrador (artículo 48.3 LC)**

Esta previsión legal supone una medida de aseguramiento de la eventual responsabilidad concursal de los administradores, es decir, es una medida cautelar específica que se concreta en un embargo preventivo de bienes y derechos del administrador. Esta medida puede considerarse como un mecanismo muy útil para asegurar la preferencia de la responsabilidad concursal respecto de las acciones societarias de responsabilidad civil, particularmente la acción individual (artículo 135 LSA) y la acción ex artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 105.5 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), que podrán ser ejercitadas por los acreedores concursales al margen del proceso concursal.

El aspecto fundamental de esta medida cautelar, que sólo puede ser dictada de oficio por el Juez mediante auto, es que tiene carácter instrumental respecto del pro-

## ■ El embargo como medida cautelar

**Directora Editorial:** Sol Mena del Río.

**Jefa de Sección Contable:** Mónica Ollobarren Galaz.

**Redacción:** Ana Belén Pereiro Mato, Marta Pérez Gogénola, Laura Saez Anthonisen.

**Director Comercial:** Luis Ortiz Olmeda.

**Director de Marketing:** Iñigo de Juan Sainz-Planillo.



ceso principal, que se dirige a declarar la efectiva responsabilidad civil concursal de los administradores prevista en el artículo 172.3 LC, es decir responder del pasivo no liquidado por la sociedad a sus acreedores concursales.

La Ley concursal guarda silencio respecto a aspectos que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil, **QC 2000/3322**, (artículo 721 y siguientes) sobre las medidas cautelares; no olvidemos que la previsión del artículo 48.3 es ni más ni menos que una medida cautelar. Pero en cualquier caso opino que deberán tenerse en consideración los requisitos de apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), y peligro en mora (*periculum in mora*). En cuanto a la caución de solicitante, en este caso el propio juez, parece que la jurisprudencia tiene claro que es innecesaria. Además de los requisitos señalados, el artículo 48.3 establece que para su aplicación debe existir una fundada posibilidad de que se califique como culpable el concurso y que, además, la masa activa de la sociedad sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En cuanto a los sujetos a los que esta medida puede afectar, cabe destacar que coinciden, como no podía ser de otro modo, con los previstos como posibles responsables concursales, es decir, los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración (declaración de concurso). Sobre la identificación de administradores de hecho y derecho me remito a lo ya señalado anteriormente. En cualquier caso, el auto judicial que determine el embargo debe justificar la apariencia de buen derecho respecto del sujeto embargado; y si son varios sujetos, el propio auto debe señalar si se reparte entre ellos la cuantía del embargo o si es de forma solidaria.

Respecto a la determinación de la cuantía del embargo conviene destacar que queda al arbitrio del juez, lo que crea cierta inseguridad jurídica para todos, aunque la interpretación más correcta es que la cuantía se corresponda con los saldos de los acreedores que queden sin abonar, hecho que sólo puede concretarse en una fase muy avanzada del concurso. En el momento de acordarse el embargo sólo se podrá, en todo caso, apreciar que el activo declarado de la concursada no alcance para abonar las deudas también declaradas por ella.

El momento en que puede ser acordado el embargo preventivo puede ser desde la declaración del concurso hasta cualquier momento posterior del procedimiento, pero en cualquier caso el momento más razonable es cuando los administradores concursales presenten su informe sobre la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. No cabe duda que la duración del embargo se puede mantener durante la fase común, la fase de convenio, la fase de liquidación, y la fase de calificación; pero en cualquier caso estará vinculada a la subsistencia de los requisitos necesarios para no poner en peligro la satisfacción de los acreedores, y cabrá su levantamiento si desaparecen los indicios de apariencia de buen derecho, siendo esto evidente cuando el concurso sea calificado como fortuito.

Finalmente el artículo 48.3 habla como única medida de caución sustitutoria del aval de entidad de crédito, cuestión que va en contra de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto consideramos que no hay motivo alguno para limitar la caución a ese único medio.

### **La responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 LC**

Para que se pueda derivar la responsabilidad patrimonial a los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de la sociedad, y a quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, y consecuentemente deban pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa de la sociedad concursada, deben cumplirse los requisitos siguientes:

- Material: que se haya calificado de culpable el concurso y además se hubiere abierto la sección de calificación por la apertura de la fase de liquidación. Recordemos que

#### ■ Requisitos para la aplicación del embargo

#### ■ Sujetos a los que puede afectar el embargo

#### ■ Cuantía del embargo

#### ■ Momento y duración del embargo

#### ■ Responsabilidad patrimonial ex artículo 172.3 LC

se inicia la fase de calificación cuando el convenio aprobado judicialmente establece una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años, o cuando se haya iniciado la fase de liquidación.

- Cuantitativo: la masa activa a liquidar no permita la íntegra satisfacción de los créditos de los acreedores concursales.

La calificación del concurso como culpable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 164 de la LC, se producirá cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales y, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores tanto de derecho como de hecho. Respecto a cuándo ha mediado dolo o culpa grave, los artículos 164 y 165 de la LC establecen una serie de supuestos que sirven como presunciones, unas presunciones que no admiten prueba en contrario, *iuris et de iure*, y otras que sobre las que sí cabe prueba en contrario, *iuris tantum*.

Con el ánimo de no extenderme demasiado, simplemente indico que las presunciones *iuris et de iure* corresponden a las previstas en el artículo 164 de la LC, consistente en seis supuestos en los que se prevén actuaciones que denotan claramente culpa grave en el deudor o sus representantes.

Respecto a las presunciones *iuris tantum*, previstas en el artículo 165 de la LC, conviene señalarlas, dado que no es difícil que se puedan cumplir; siendo estas las siguientes: el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, el incumplimiento del deber de colaboración, información y asistencia a la Junta de acreedores, y el incumplimiento de los deberes de formulación, auditoría y depósito de Cuentas Anuales en el Registro Mercantil. La destrucción de la presunción puede hacerse probando cualquiera de los hechos siguientes: la inexistencia del hecho base de la presunción (por ejemplo que se han depositado las Cuentas Anuales en el Registro Mercantil), la inexistencia del hecho presunto (por ejemplo, que pese a no haber depositado las Cuentas Anuales, la insolvencia de la sociedad o su agravación no ha sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente negligente de los administradores), y por último los administradores pueden probar la inexistencia de enlace o nexo lógico que vincula al hecho base con el hecho presunto (la prueba de la inexistencia del enlace puede realizarse acreditando la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen el incumplimiento de tales deberes).

Por último, en cuanto al carácter de esta responsabilidad, es preciso destacar que se trata de una responsabilidad con una finalidad eminentemente resarcitoria, debiendo el juez estimar la relación de causalidad entre la conducta dolosa y el daño; lo que distingue claramente esta responsabilidad de la responsabilidad-sanción de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL. A este respecto hay autores mercantilistas que califican a esta responsabilidad de "civilizada", porque la ley deja un amplio margen a la discrecionalidad y al buen criterio del juez, ayudado por la administración concursal.

Asimismo la propia Ley Concursal no establece de manera expresa si es una responsabilidad solidaria de todos los administradores o liquidadores, sino que confía en el criterio del juez de lo mercantil para determinar quiénes entre ellos han generado o agravado el estado de insolvencia, pudiendo establecer la solidaridad entre ellos.

#### ■ Presunciones *iuris et de iure*

#### ■ Presunciones *iuris tantum*

#### ■ Carácter de la responsabilidad

## Últimos criterios de la Administración

#### ■ Ampliación de capital con aportaciones de activos financieros disponibles para la venta

## Últimos criterios de la Administración

**Ampliación de capital con aportaciones no dinerarias consistentes en una cartera de instrumentos financieros clasificados en la categoría de activos financieros disponibles para la venta. Contabilidad**

Contabilidad Consulta del ICAC n.º 1 del BOICAC 77

**QC 2009/15384**

Registro en la Cuentas Anuales de la matriz de una filial que va a realizar una ampliación de capital, que será suscrita en su totalidad por la empresa matriz, de las aportaciones no dinerarias consistentes en una cartera de instrumentos financieros clasificados en la categoría de activos financieros disponibles para la venta, y que se encuentran valorados por su valor razonable. Considerando que los activos aporta-