

PRESUPUESTOS MATERIALES Y RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES POR DAÑOS A LA MASA

JESÚS ANTONIO ROMERO FERNÁNDEZ

Profesor Contratado Doctor

Departamento Derecho Mercantil. Universidad de Sevilla

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Extracto:

LA acreditada longevidad gestacional de nuestra vigente Ley Concursal, no ha impedido un fuerte seísmo en buena parte de las diversas instituciones que integran el tráfico patrimonial privado. Posiblemente, uno de esos sectores en que los efectos de esa convulsión provocada, por esta reforma concursal, se van a dejar sentir con mayor intensidad sea el de la administración concursal y el riguroso endurecido régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales. El legislador consciente de que el éxito o el fracaso del procedimiento concursal depende, en buena medida, de la labor de aquellos, establece un diseño completo y doble del régimen de responsabilidad civil del órgano de gestión concursal: por daños a la masa concursal, exigibles por el deudor y los acreedores («acción de responsabilidad concursal» –art. 36.1 LC–), y por daños ocasionados directamente a intereses distintos, exigibles por el deudor, los acreedores y los terceros (art. 36.7 LC). El presente estudio se centra en el análisis del primero de los regímenes apuntado.

Palabras clave: concurso, administradores concursales, responsabilidad civil.

Sumario

1. Presupuestos materiales de la responsabilidad civil de los administradores concursales por daños a la masa.
 - 1.1. Consideraciones preliminares.
 - 1.2. La ilicitud en la conducta de los administradores concursales.
 - 1.2.1. Preliminar.
 - 1.2.2. El incumplimiento legal.
 - 1.2.3. El criterio de la «diligencia debida» como supuesto de imputación de la responsabilidad civil de los administradores concursales.
 - 1.3. La culpa como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad civil de los administradores concursales.
 - 1.4. El daño: criterio distintivo de la acción civil por daños a la masa y por daños a intereses distintos.
 - 1.4.1. Ideas previas.
 - 1.4.2. El patrimonio dañado.
 - 1.5. El nexo causal.
2. La responsabilidad solidaria en el resarcimiento del daño.
 - 2.1. Determinación de la culpabilidad.
 - 2.2. La carga de la prueba.
 - 2.3. Exoneración de responsabilidad: prueba requerida para la exculpa individual.

1. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES POR DAÑOS A LA MASA

1.1. Consideraciones preliminares.

La Ley Concursal (en adelante LC), establece un diseño completo y doble del régimen de responsabilidad civil del órgano de gestión concursal: por daños a la masa concursal, exigibles por el deudor y los acreedores (art. 36.1 LC), y por daños ocasionados directamente a intereses distintos, exigibles por el deudor, los acreedores y los terceros (art. 36.7 LC). La responsabilidad civil de los administradores concursales no queda al margen de los principios tradicionales del instituto de la responsabilidad civil. De ahí que, en primer lugar, para la atribución de la responsabilidad civil de los administradores concursales tengamos que detenernos en examinar los presupuestos esenciales que necesariamente tienen que concurrir en un supuesto de daño a la masa del concurso; concretamente, la realización de un daño, la culpa o el incumplimiento y la relación de causalidad entre ambos ¹. Es

¹ Cuando el cumplimiento de las prestaciones debidas en la relación jurídica de administrar ha devenido imposible, se han producido daños, y existe una relación causal entre estos y el incumplimiento antijurídico, culpable e imputable a los administradores concursales, surge por imperio de la ley la obligación jurídica de resarcir [vid., ampliamente, sobre los conceptos de débito o deuda –*Schuld*– de responsabilidad o garantía –*Haftung*–, que tienen su reflejo en nuestro Código civil (C.c.), respectivamente, en los artículos 1.088 y 1.911, las obras de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 3.º, *Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, 13.ª ed., Madrid, 1983, págs. 259 y 26, y de CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, págs. 206 y ss.]. Esta nueva relación jurídica supone una transformación en el vínculo original: es decir, ante la verificación de la producción de daños derivados de un incumplimiento del administrador concursal, o, cuando la obligación de administrar diligentemente deviene imposible por razones imputables al deudor (administrador concursal), como consecuencia de tal motivo se producen daños (vid. sobre este particular CRISTÓBAL MONTES, A., «El incumplimiento de las obligaciones», cit., pág. 208), surge *ex lege* una nueva relación obligatoria (CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho civil español, común y foral», cit., pág. 240) que tiene su origen remoto en el incumplimiento anterior y como consecuencia de la cual los administradores concursales han de resarcir al sujeto dañado por los daños y perjuicios causados. La ley impone una prestación resarcitoria al sujeto que causa daños [LARENZ, K., *Derecho de obligaciones* (trad. SANTOS BRIZ), t. I, Madrid, 1958, pág. 195]. Sobre el fundamento de la obligación de resarcir resultan interesantes las consideraciones que efectúa nuestra doctrina sobre el régimen de responsabilidad de los administradores sociales, muchas de las cuales resultan trasladables al régimen de responsabilidad de los administradores concursales; en concreto, puede verse, muy especialmente, QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los Administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985, págs. 228 y ss.; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre 1990, págs. 647 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los

decir, para que surja la responsabilidad civil de los administradores concursales es necesario que se dé una actuación ilícita de estos (es decir, contrario a la ley o realizados sin la diligencia debida inherente al desempeño de su cargo), que origine un daño a la masa, y que entre la actuación lesiva de los administradores concursales y el daño exista una relación de causalidad. Esos tres requisitos, anudados entre sí, se ofrecen como los condicionantes de la imputación de la responsabilidad civil de los administradores concursales², sin que sea suficiente que se dé alguno o algunos de ellos para que nazca esa responsabilidad, siendo necesario que concurren todos a la vez. Únicamente de este modo los administradores concursales devienen responsables. No nace esa responsabilidad ni por el daño sin culpa, ni por la culpa sin daño, ni si no existe el nexo causal entre ellos.

Este régimen de responsabilidad impuesto por nuestro legislador a los administradores concursales en el artículo 36 de la LC, que les obliga a responder no solo ante el incumplimiento de las leyes, sino también por la manera de realizar sus funciones si no han alcanzado el parámetro de diligencia establecido y ocasionan un daño, cumple, además de las funciones preventiva y reparadora del daño y sancionadora de la conducta, una función de control de la gestión concursal³. Para que esos objetivos se puedan alcanzar se requiere que la norma que establece las conductas y las consecuencias de su contravención sea cierta y clara, de tal modo que los destinatarios puedan trazar su

administradores en las sociedades anónimas», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, págs. 906 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, págs. 275 y ss. Por último, conviene resaltar que el contenido de la prestación debida de la relación obligatoria de resarcir o indemnizar consiste en la deuda de resarcir que se cuantifica en base a los daños producidos en el incumplimiento de las prestaciones incluidas en la obligación de administrar, y según las normas comunes de Derecho sustantivo y procesal, teniendo en cuenta la valoración de los presupuestos concurrentes: culpabilidad en grado de culpa o dolo, grado de antijuridicidad, causalidad eficiente, etc. Esa cuantificación se realizará atendiendo a cada caso concreto, a través de las propuestas de las partes, y, eventualmente, en su caso, por los tribunales (a este respecto será de aplicación el art. 1.103 C.c.; sobre la cuantificación habrá que atenderse a los arts. 1.105 y 1.107 C.c.).

Sobre un enfoque alternativo del Derecho de daños que pudiera suponer la importación en Derecho europeo de la indemnización punitiva o sanción civil (*punitive damages*) vid. SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, págs. 163-176: «¿Quiere decir todo lo anterior que es deseable importar en nuestra cultura los *punitive damages*? La respuesta normativa, al menos la ofrecida en este trabajo, es claramente negativa: una cosa es llamar la atención sobre la necesidad de tener en cuenta que la tutela de los derechos en conflicto y, en especial, la reparación integral del daño causado exigen, jurídica y económicamente, tener en cuenta las potencialidades preventivas del Derecho de la responsabilidad civil y otra muy distinta sugerir la recepción en nuestro país de una figura muy discutida y ajena a nuestra tradición jurídica...», cit., pág. 163.

² De estos tres presupuestos es el daño irrogado por la administración concursal el que variará dependiendo de si se trata del supuesto de responsabilidad civil por daños a la masa (art. 36.1 LC) o por daños a los intereses individuales del deudor, acreedores o terceros (art. 36.7 LC).

³ En el ámbito societario, la doctrina se ha mostrado partidaria de considerar el régimen de responsabilidad impuesto por los artículos 127 y 133.1 de la LSA como instrumento de control de la actividad de los administradores, así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores. Artículos 123 a 143*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, 1994, págs. 224-241, y en «Supuestos de responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 906; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 652; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS*, 1995, pág. 1.681, y en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1992, págs. 234 y 235; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., págs. 27-36 y 156-189; SALELLES CLIMENT, J.C., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995, págs. 120 y 121; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., págs. 275-276.

actuación en el sentido reglado, sin quedar al albur de la interpretación de los aplicadores del Derecho. Sin embargo, como veremos a continuación, nuestro legislador concursal parece no haber conseguido totalmente ese propósito.

1.2. La ilicitud en la conducta de los administradores concursales.

1.2.1. Preliminar.

Conforme con el artículo 36.1 de la LC los administradores concursales responderán personalmente por los actos y omisiones «contrarios a la ley», así como de los realizados «sin la diligencia debida». Luego el artículo 36.1 de la LC hace referencia a las dos fuentes tradicionales de responsabilidad: de un lado, la conducta ilícita⁴, la violación de las normas legales cuyo incumplimiento ocasiona un daño a la masa concursal; de otro, la conducta culposa, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones no estrictamente legales que se derivan del cargo de administrador concursal y que atañen fundamentalmente al mantenimiento de la masa concursal. Dicho de otro modo, dentro del término ilicitud incluimos a todos los actos u omisiones de los administradores concursales que suponen una inobservancia de las obligaciones que les incumben como tales en el ejercicio de sus funciones⁵, tanto si aquellas derivan de una norma legal o, por el contrario, se trate de una obligación conforme a la diligencia que les sea exigible en el desarrollo de su conducta.

En la valoración de los «actos y omisiones» contrarios a la ley o realizados sin la «debida diligencia» habrá que atender muy especialmente al momento del proceso en el que actúan, ya que puede suceder que una determinada acción u omisión al poco de asumir el cargo no deba considerarse negli-

⁴ Algunos autores optan por emplear el término «antijuricidad» en lugar de «ilicitud» –con ocasión del análisis de estas mismas consideraciones pero en sede de LSA, en concreto en el comentario al art. 133– y comprenden dentro del mismo tanto los actos contrarios a la ley, como los realizados sin la diligencia debida; así, entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBIID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coord. ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBIID IRUJO, J.M.) II, Madrid, 2001, págs. 1.403-1.408; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.), t. VI, Madrid, 1992, págs. 288-291. Otros autores (SÁNCHEZ CALERO, F. «Administradores...», cit., págs. 248 y ss. y ESTEBAN VELASCO, G., voz «Responsabilidad civil de los administradores», *EJB*, 1995, pág. 5.912), utilizan, en cambio, la expresión «incumplimiento de las obligaciones inherentes a las funciones de administrador» dentro de la que engloban tanto los actos contrarios a la ley, como los realizados sin la diligencia debida. El empleo de un término u otro no debe afectar a las consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de la interpretación del precepto, a pesar de existir fuertes críticas por algunos civilistas respecto del significado de la «antijuricidad» en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (*vid.*, muy especialmente, sobre este particular, Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid, 1999, págs. 290 y ss., al relacionar el término con el juicio de desvalor del resultado propio del Derecho penal, y PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1.902 C.c.», *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1991, págs. 1.993-1.995, que niega que la antijuricidad actúe como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.

⁵ Hay que tener en cuenta, como advierten DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., «Artículo 36», en *Comentarios a la Ley Concursal*, (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), vol. I (arts. 1 a 115), Madrid, 2004, que si el ilícito en que incurrir los hipotéticos sujetos responsables se halla fuera de su condición de administradores concursales, el régimen de responsabilidad aplicable no sería el establecido en el artículo 36 de la LC, sino el correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del C.c.; y ello al margen de que el daño lo sufra la masa concursal o directamente el patrimonio particular del deudor, acreedores o terceros.

gente (porque todavía no hayan podido conocer suficientemente la situación o funcionamiento de la empresa), pero que, en cambio, deba considerarse como culpable si se produce en un momento posterior, cuando llevan un cierto tiempo velando por los intereses del concurso.

1.2.2. *El incumplimiento legal.*

La LC hace responsable a los administradores concursales, en primer lugar, de «los actos y omisiones contrarios a la ley». Es decir, los administradores concursales responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones contrarios a la ley. Dicho de otro modo, si por actos u omisiones contrarios a la ley se produce un daño a la masa, aquellos incurren en responsabilidad, o lo que es lo mismo, están obligados a reparar el daño causado.

Los administradores concursales son responsables de sus «actos y omisiones»; es decir, para que se genere su responsabilidad se exige un comportamiento humano, no un mero acontecimiento causal. Es indiferente a los efectos de responsabilidad que el daño se haya causado por una acción u omisión de los administradores concursales⁶. No existe un concepto especial de «acción» u «omisión» específico de la responsabilidad de los administradores concursales⁷, pero tiene perfiles diversos según cuál sea la composición de la administración concursal. El comportamiento puede ser individual, cuando lo lleve a cabo un solo administrador al que el juez le ha atribuido competencias específicas (art. 35.2.2.º LC) y cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191 de la LC (art. 27.2.3.º LC), colegiado, cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros (art. 35.2.1.º LC) o, mancomunado, cuando la integre dos de los tres miembros de aquella (art. 35.3 LC). Con todo el artículo 36.1 de la LC tendría que haber sido más explícito ya que de su texto surgen una serie de dudas que deben ser resueltas en tarea interpretativa.

En primer lugar, surgen las dudas sobre si la ley que debe ser vulnerada por el acto u omisión es la propia LC o cualquier otra norma con rango de ley, si la expresión «ley» tiene que interpretar-

⁶ El presupuesto consistente en la producción de un «acto u omisión» para que surja la responsabilidad de los administradores concursales no es exclusivo del régimen de responsabilidad previsto por la LC para estos, sino que resulta extensible a cualquier supuesto de responsabilidad, tal y como viene reconocido expresamente, y con carácter general, por los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 del C.c. Respecto de la responsabilidad contractual, el artículo 1.101 del C.c. no alude expresamente a la «acción u omisión»; pero, no hay duda de que el incumplimiento contractual o, si se quiere obligacional, generador de daños indemnizables, puede generarse por un comportamiento activo u omisivo del agente del daño; en este sentido, aunque referido específicamente a las omisiones, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, I, 7.ª ed., Madrid, 1993, pág. 28; IZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pág. 130.

⁷ Se trata de conceptos comunes en cualquier ámbito de la responsabilidad. A estos efectos, la «acción» se ha considerado como productora «de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad» (SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil...», I, cit., pág. 26), y la «omisión», como productora de «sucesos cuya realización le fue posible impedir al agente cuando estaba obligado a intervenir» (SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil...», I, cit., pág. 27). Esta consideración nos muestra la relación que existe entre el comportamiento omisivo y los deberes legales de actuación. Incluso, se ha mantenido que el comportamiento omisivo enlaza indeclinablemente con la idea de culpa o negligencia: «el comportamiento negativo debe ser entendido al mismo tiempo como causa y como negligencia» (DÍEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 288).

se como ley en sentido formal, en sentido material o viene referida a alguna «ley» en concreto y, en suma, si el término «ley» debe circunscribirse a ese rango legal o bien basta con vulnerar una norma, sea o no con rango de ley. Se trata de una interpretación de enorme trascendencia porque fuera de la LC hay todo un mundo de disposiciones legales que pueden afectar a las concretas obligaciones de los administradores concursales. La trascendencia del incumplimiento de esas disposiciones normativas en punto a la responsabilidad civil de quienes debían acatarlas, depende del concepto, estricto o amplio, que barajemos.

Creemos que la expresión «ley», en este caso, debe interpretarse en un sentido amplio porque la tarea de los administradores concursales no se desenvuelve en un universo jurídico integrado únicamente por disposiciones legales con rango de ley, ni, entre estas, cabe reducir el ámbito de incumplimiento generador de responsabilidad a la LC. Por consiguiente, la violación, a que se refiere el artículo 36 de la LC, por parte de los administradores concursales puede ir dirigida a toda clase de norma jurídica, cualquiera que sea su rango ⁸, a todas las que resulten de obligado cumplimiento en cada relación jurídica obligatoria de administrar cada masa concursal concretamente considerada ⁹, y no solamente de la LC ¹⁰, porque lo contrario sería dejar sin responsabilidad actuaciones de los administradores concursales contrarias al ordenamiento jurídico, lo que no parece lógico, ya que no creemos que pueda quedar sin sanción el incumplimiento por los administradores concursales de una norma legal sea cual sea su rango, que además han causado daño a la masa concursal.

En segundo lugar, la expresión «actos u omisiones contrarios a la ley» puede interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a aquellos que son contrarios a las obligaciones concretas que la ley impone a los administradores ¹¹, o bien a aquellos comportamientos en que se producen una

⁸ Téngase presente que existen ciertas normas con rango de reglamento (por ejemplo, el Reglamento del Registro Mercantil) que, por su contenido y peso, resultaría ilógico que quedasen fuera de la expresión «ley» del artículo 36 de la LC. Luego, con ello somos partidarios de aquella corriente doctrinal que en sede societaria defiende una interpretación amplia de la locución «actos contrarios a la ley» del artículo 133 de la LSA (ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., págs. 653 y ss.; ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentarios a la Ley de sociedades anónimas», cit., págs. 1.404; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., págs. 303 y 304; POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., pág. 289), frente aquella otra encabezada por SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», cit., pág. 250, que incluyen dentro del término «ley» los deberes y obligaciones que establece una norma fundamental con rango de ley y no cualquier otra de rango inferior, puesto que la violación de otras disposiciones darán lugar en su caso a la responsabilidad prevista en ellas específicamente [vid., igualmente, de este mismo autor, «Supuestos de responsabilidad...», cit., págs. 912 y ss.]. En sede concursal se mantiene en esta línea, entre otros, JUAN Y MATEO, F., «Artículo 36», *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. ROJO, A./BELTRÁN, E.), t. I, Madrid, 2004, pág. 729. A juicio de GONZÁLEZ POVEDA, P., *La administración judicial de la masa*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, La Coruña, junio de 2001, pág. 11, el término «ley», en este caso, debe entenderse en el sentido de «Ley Concursal».

⁹ Por un lado, se encontrarían las normas societarias, concursales y sectoriales aplicables en función de la actividad, y, por otro, las normas de Derecho civil común aplicables al deber de resarcir los daños causados, normas administrativas, sociales, fiscales, etc., y ello, sobre todo, si se tiene presente que además la propia LC aglutina aspectos laborales, procesales, civiles y mercantiles, y contempla un buen número de obligaciones con trascendencia patrimonial para el deudor y, con ellas, la posible reclamación de responsabilidad civil a los administradores concursales por no haber sido diligentes en el cumplimiento de las tales obligaciones, sea por el propio deudor o por la propia administración concursal en su caso.

¹⁰ En este último supuesto (acto contrario a la LC), al encontrarse tipificado por la propia LC los comportamientos que pueden llegar a ser inobservados por los administradores concursales se aleja cualquier duda acerca de su licitud o ilicitud.

¹¹ Esta es la postura que mantiene SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores...», cit., págs. 912 y 913, y en «Administradores», pág. 250, en la interpretación del artículo 133 de la LSA.

violación de la ley por cualquier causa que no sea la anterior, como puede ser actuar más allá de la competencia del órgano en cuestión ¹². Creemos que la segunda postura resulta más acorde con el espíritu del precepto que no es otro que evitar que queden impunes actuaciones de los administradores concursales que producen un daño a la masa al actuar extralimitándose de su propia competencia.

Nuestro legislador no ha elaborado una lista de supuestos de responsabilidad de los administradores concursales ante la dificultad que entraña agotar en un catálogo todas las hipótesis imaginables. Ahora bien, creemos que debiera haber acompañado la cláusula general «actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la diligencia debida» con la mención de concretos supuestos de responsabilidad, con un carácter ejemplificador, enunciativo y no limitador, cumpliendo, de este modo, esa lista abierta una finalidad orientadora de la aplicación de la cláusula general en materia de responsabilidad. Así, a título ejemplificativo, nuestro legislador podría haber especificado, si no en el texto del articulado, en la propia Exposición de Motivos, que esos actos y omisiones ilegales de los administradores concursales pueden consistir en un cumplimiento defectuoso, en un acto realizado sin la debida autorización, en la vulneración de una prohibición legal, en el incumplimiento de un deber legal, etc., o, al menos, debiera haber concretado, con mayor claridad, algunos actos jurídicos que tienen la consideración de fuente de obligaciones del administrador concursal como paso previo para acotar el supuesto de hecho de la responsabilidad. Con ello, no solo clarificaría el contenido de los deberes de los administradores concursales, sino también frenaría, al mismo tiempo, posibles abusos en el ejercicio de las acciones.

De la lectura del artículo 36 de la LC parece que podría cuestionarse si la simple vulneración de la ley debe dar lugar a responsabilidad, como si una suerte de responsabilidad objetiva se tratara, o se precisa, además, la concurrencia de la culpa. A nuestro juicio, la vulneración de la ley a que se refiere el artículo 36 de la LC exige además la ausencia de la «debida diligencia», es decir, la concurrencia de culpa. Luego, creemos que habría que interpretar el artículo 36.1 de la LC en el sentido de establecer una presunción de responsabilidad cuando el acto realizado por los administradores concursales es contrario a la ley. Se trataría de una responsabilidad irrefutable cuando el acto sea manifiestamente contrario a la ley. No obstante, en los casos en que se planteen dudas fundamentales sobre el alcance de la ley con la que se pretende establecer la contradicción del acto de los administradores concursales, debería admitirse que la presunción fuera rebatible probando que los administradores concursales actuaron con la diligencia con la que deben desempeñar el cargo ¹³. Ahora bien, el administrador concursal no puede pretender demostrar que no existía culpa en su actuación porque ignoraba que el acto era contrario a la ley, ya que dentro de sus deberes de diligencia se encuentra incluido el de conocer suficientemente sus deberes legales. Por tanto, no cabe admitir la excusa del administrador concursal basada en el desconocimiento de la norma, por cuanto que dicho desconocimiento es ya culpable.

¹² A favor de esta postura en la interpretación del artículo 133 de la LSA se mantiene DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Navarra, 2004, pág. 198.

¹³ En sentido similar, respecto de la interpretación del artículo 133.1 de la LSA se mantiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital», *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coords. GALÁN CORONA, E./GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

Por lo demás, aunque en un principio pudiera pensarse que la responsabilidad derivada por una actuación contraria a ley resulta independiente de la mayor o menor diligencia utilizada por el administrador, y que aun suponiendo que se diera la paradoja o contradictoria hipótesis de un incumplimiento no culpable de sus obligaciones legales, el daño derivado de tal acto u omisión ¹⁴ contrario a la ley sería resarcible por tratarse de una responsabilidad tipificada, profesional ¹⁵, al margen de si tal responsabilidad viene legal e implícitamente apoyada o no en una presunción de culpa, ya que la culpa en este supuesto consistiría en el incumplimiento ¹⁶.

Por último, estos actos u omisiones contrarios a la ley deben ser acreditados en un proceso declarativo específicamente tramitado al efecto. Ha de tratarse de una conducta contraria a la ley, a toda ley, estar manifestada como acto, sin que quepan disculpas, porque el error de derecho no es admisible en el ámbito civil en virtud de que la ley se supone conocida por todos desde su publicación en el BOE, y ha de estar teñida de intencionalidad, porque de lo contrario podría existir negligencia en el caso de omisión.

1.2.3. El criterio de la «diligencia debida» como supuesto de imputación de la responsabilidad civil de los administradores concursales.

1.2.3.1. El significado del término diligencia.

Junto con la responsabilidad que deriva para los administradores concursales por los actos y omisiones contrarios a la ley, existe otra que dimana de los daños que puedan causar como consecuencia de actos que sin suponer una violación directa de la ley, se realicen «sin la debida diligencia», lo que se ofrece, en cierto modo, como una cláusula de cierre para todos aquellos supuestos en que los administradores concursales no vulneran con sus actos u omisiones una disposición legal expresamente prevista, pero en su comportamiento se puede leer una conducta reprochable ¹⁷. Este criterio no está exento de problemas de interpretación, como se verá, relacionados con la necesaria aplicación a esta sede de conceptos básicos de la responsabilidad civil contractual, a lo que tenemos que añadir la circunstancia de que la LC es bastante parca a la hora de precisar las concretas obligaciones de los administradores concursales, su contenido, y la manera de cumplir, en muchos, casos, estas obligaciones que son inherentes al cargo de administrador concursal. Todos estos inconvenien-

¹⁴ La omisión es pura y simplemente lo que no se hace que debió ser hecho en una situación normal y corriente del giro comercial que sea propia de la actividad productiva del deudor y que causa detrimento al patrimonio concursal, así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2003, pág. 400.

¹⁵ URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 2004, pág. 323.

¹⁶ BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, III, Madrid, 1970, pág. 141.

¹⁷ A este respecto, aunque en sede societaria, resultan muy ilustrativas las consideraciones efectuadas por ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 675, para comprender que no estamos ante una doble fuente de obligaciones de la administración concursal cuando afirma que «Sin perjuicio de fines didácticos o sistematizadores, no cabe, por tanto, diferenciar como fuentes distintas de las obligaciones de los administradores, la Ley (...) y el deber general de administrar diligentemente, pues lo que hay es una única fuente, el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (Ley...) del que se derivan obligaciones específicas».

tes se ven acrecentados por la naturaleza de las decisiones de la administración concursal, que pueden ser individuales, mancomunadas o colegiadas ¹⁸.

La LC no tipifica las conductas diligentes y no diligentes de la administración concursal. El artículo 35 de la LC simplemente exige que los administradores concursales actúen «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». Representa una cláusula general de la que se derivan deberes y cuyo incumplimiento es susceptible de sanción (a través de las acciones de responsabilidad del art. 36 LC), pero que no va acompañada de otras que concreten o definan en supuestos de hechos particulares las condiciones que deben reunir las conductas diligentes o las no diligentes.

Los artículos 35.1 y 36.1 de la LC aluden a la diligencia, aunque de forma opuesta: mientras que el primero es una formulación positiva, la del segundo es negativa. Este cambio, conseguido con la variación de una simple preposición («con la diligencia», «sin la diligencia»), consigue que un mismo concepto cumpla dos funciones completamente diversas. De este modo, la diligencia sirve, cuando es formulada de manera positiva, para integrar la prestación debida y cuando es enunciada de manera negativa, para fundar la responsabilidad ¹⁹. Esa doble función de la diligencia de los administradores concursales ²⁰ permite valorar el cumplimiento de la prestación de servicios del administrador concursal ²¹, delimitar los supuestos o casos de responsabilidad ²² y completar la relación de deberes y obligaciones diseminados a lo largo de la LC ²³.

El legislador opta por un tipo abstracto de «diligencia» debida a los administradores concursales. La conducta diligente no se define en la LC con una serie de reglas sino por remisión a un modelo de conducta «el ordenado administrador» y «el representante leal» ²⁴; es decir, a través de un

¹⁸ Cfr. artículo 35 de la LC.

¹⁹ *Id.*, sobre las dos funciones apuntadas del concepto diligencia, BADOSA COLI, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 506 y ss.

²⁰ A juicio de DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5.ª ed., -2.ª en Civitas-, Madrid, 1996, págs. 98 y 99, las funciones de la figura de la diligencia en las relaciones obligatorias son cuatro: función de integración de la prestación debida; función promotora de la diligencia; función de definición del título de imputación de la responsabilidad por negligencia; y servir de módulo de construcción de los deberes accesorios de conducta y de las cargas.

²¹ En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 460, mantiene que «la diligencia como modelo de conducta se convierte, pues, respecto de las obligaciones de actividad, en criterio delimitador del exacto cumplimiento».

²² Para JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», cit., págs. 460 y 461, el juicio de diligencia, la prueba de la diligencia permite eludir la responsabilidad no tanto porque acredita la ausencia de culpa cuanto por acreditar el cumplimiento de la obligación. Para este autor (*op. cit.*, pág. 148), la diligencia es un módulo de conducta de la posición deudora y solo en lo relativo a la actividad de cumplimiento; se refiere al cómo de la prestación, su papel se explica en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento, como criterio de la misma, instrumento de control de la actividad de cumplimiento.

²³ Sobre esta función integradora, aunque referida a los administradores de la sociedad anónima, *vid.*, las aportaciones de SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», cit., págs. 102, 107 y 108; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., págs. 677 y 678; ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pág. 89; PORTELLANO DIEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996, pág. 22.

²⁴ No se hace referencia a otros deberes como los de fidelidad, secreto o información, propios de las sociedades de capital (el art. 127 LSA fue modificado por la Ley 26/2003, de 17 de julio, lo que representó la incorporación de los arts. 127 bis, 127 ter, 127 quáter, para recoger los deberes de diligente administración -art. 127-, informarse diligentemente de la

modelo abstracto, por referencia a un sujeto (administrador, representante), y, en consecuencia, a una actividad, a un nivel de dedicación o esfuerzo (ordenado, leal), a una persona ideal, a un modelo externo a la persona del administrador ²⁵.

Ahora bien, nuestro legislador no desvela con claridad el alcance del término «diligencia» ²⁶; seguimos sin conocer el significado que, para este caso, presenta dicho término, sin identificar a una conducta como «diligente», sin saber en qué consiste. Se trata de un concepto del que se puede predicar dos significados ²⁷; uno objetivo: diligencia como esquema, guía, propuesta de conducta respecto de una actividad debida; otro subjetivo: diligencia como concepto equivalente a dedicación, esfuerzo, interés, atención. Para conocer qué tipo de diligencia es exigible al administrador concursal hay que partir de las concretas funciones encomendadas para exigirle responsabilidad por el incumplimiento de su deber de diligencia y tener presente que las prestaciones inherentes a ese cargo gozan de fuertes dosis de discrecionalidad.

Las funciones y actividades encomendadas a los administradores concursales a lo largo de toda la LC nos lleva a inclinarnos por el primero de los conceptos apuntados, porque se trata de un «cargo» que lleva consigo una forma de actuar que debe ser apropiada para el cumplimiento razonable de unas funciones que se enmarcan en un contexto, el del procedimiento concursal, donde la racionalidad y la capacidad resolutoria objetiva a la hora de afrontar los diversos problemas que emanen de aquel representen pautas inequívocas a seguir. Luego creemos que la «diligencia» exigible al cargo de administrador concursal debe ser valorada atendiendo a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por las funciones legalmente atribuidas y conforme con el tipo de relación que en este caso se trata (la de «administrador concursal»), sin tener en cuenta sus circunstancias personales o sus concretas aptitudes, ni otras circunstancias subjetivas sobre su capacidad o pericia personal ²⁸. La diligencia que se exige no es la propia del sujeto en cuestión, la que desarrolla en sus propios asuntos (diligencia subjetiva o en concreto, *quam in suis*); no se les exige el grado de diligencia que permiten las singulares capacidades y conocimientos que poseen, sino el que desplegaría un administrador concursal prototípico.

marcha de la sociedad –art. 127.2 LSA–, deber de fidelidad al interés social –art. 127 bis–, deber de lealtad –art. 127 ter–, y deber de secreto –art. 127 quáter–), aunque esos deberes pueden extraerse de otros preceptos de la LC (por ejemplo, art. 53, que prohíbe a los administradores que adquieran por sí bienes o derechos de la masa activa, con sanción, en caso de incumplimiento, de inhabilitación para el ejercicio del cargo y reintegración del bien o derecho adquirido y pérdida del crédito del que fuera titular).

²⁵ Muy interesante, a este respecto, las consideraciones de JORDANO FRAGA, F. «La responsabilidad contractual», págs. 119-122.

²⁶ GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 1976, págs. 159 y 161, advierte que el carácter aleatorio de la actividad empresarial impide elaborar reglas concretas de diligencia.

²⁷ BADOSA COLL, F., en AA.VV., «Comentario a los artículos 1.904 a 1.105 del C.c.», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pág. 21.

²⁸ Para Díez-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 390, el debate sobre si el modelo de diligencia debe adecuarse a las características de la persona implicada, «tiene sentido toda vez que la relación jurídica se establece con una persona concreta cuya personalidad y características pueden y deben ser conocidas para la otra parte». A este respecto, resultan muy ilustrativas las consideraciones de PÉREZ CARRILLO, E., «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS*, n.º 14, 2000, págs. 288-310. Para DE PEDRO MORO, J.L./MARROQUÍN PARRA, F., «La diligencia y la lealtad de los administradores en las sociedades anónimas», *La Ley*, n.º 4836, de 9 de julio de 1999, pág. 3, el estándar de diligencia ha de valorarse conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente a la función atribuida, sin que se refiera solo a las circunstancias personales del sujeto.

La objetividad que hemos atribuido a la diligencia debida del administrador concursal es compatible con un carácter elástico. Esa elasticidad conlleva que en la valoración de la conducta debida se atienda a cada caso concreto, en el sentido indicado por el artículo 1.104 del C.c., en sede de responsabilidad contractual y se tenga en cuenta que representa una prestación técnica o profesional ²⁹, una norma de conducta que viene guiada por el buen hacer de una profesión u oficio, por sus reglas técnicas ³⁰, y será la intensidad o la índole de las tareas encomendadas en cada procedimiento concursal la que marcará la pauta de diligencia exigible: debe existir una correspondencia o equilibrio entre las facultades (poderes) y los deberes (responsabilidades). Luego en la valoración de la diligencia de la conducta debida hay que tener presente circunstancias tales como la clase de actividad profesional o empresarial que desarrolle el deudor, las características del concurso, la dimensión de la empresa, el número de acreedores, el estado en que se encuentren la contabilidad y la documentación, etc.

Los actos y omisiones de los administradores concursales que sean contrarios al genérico deber de diligencia, esto es, al deber de actuar como un «ordenado empresario» y un «representante leal» representan también un incumplimiento de la ley, al igual que los examinados anteriormente ³¹. Ahora bien, el presupuesto de la antijuridicidad, en este caso, se encuentra en el incumplimiento del deber general de diligencia que la ley impone a los administradores concursales respecto del ejercicio de las funciones o competencias inherentes a su cargo, que son las que dan contenido a la posición jurídica de administrador, y entre las que, en su virtud, hay que incluir las obligaciones expresamente relacionadas en la ley, así como el deber general de administrar diligentemente concebido en sí mismo como fuente de otras obligaciones no especificadas, que hay que deducir de la obligación que se les impone de desempeñar su cargo «con la diligencia de un ordenado administrador y un representante leal» (arts. 35.1 y 36.1 LC) ³². Al margen del nivel de la diligencia exigible al administrador concursal para que actúe como un ordenado empresario y un representante leal, este supuesto es encuadrable también en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones a que se refiere el artículo 1.101 del C.c. ³³, por cuanto los administradores concursales, como encargados de

²⁹ En este mismo sentido, aunque respecto de la actuación de los administradores de sociedades, se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La responsabilidad jurídica del Consejo de Administración», *cit.*, pág. 124, y en «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas», *BICAM*, n.º 5, junio, 1997, pág. 22; ESTEBAN VELASCO, G., «Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico», *cit.*, pág. 237.

³⁰ *Vid.*, muy especialmente, JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, págs. 125 a 127.

³¹ Entre otros casos, la doctrina (JUAN Y MATEO, F., «Artículo 36», *cit.*, pág. 730), incluye en este supuesto de actuación negligente de los administradores concursales aquellas situaciones que se provocan como consecuencia de que estos no tomen las medidas adecuadas para conservar el patrimonio concursal (art. 43) o para evitar la prescripción de acciones que pertenezcan a la masa del concurso (arg. *ex art.* 1.932.2 C.c.); cuando no soliciten al juez el cambio de la situación de «intervención» a la de «sustitución» para evitar un perjuicio a la masa (art. 40.4) o el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor que no resulte rentable (art. 44.4); cuando dejen de cobrar créditos a favor de la masa o de ejercitar las acciones para reintegrar bienes o derechos a la masa (arts. 71 y ss.); o cuando contraigan indebidamente nuevas obligaciones de la masa, como puede suceder cuando no soliciten la resolución de contratos pendientes cuya ejecución resulte contraria al interés del concurso (art. 61.2).

³² Muy aclaratorias a este respecto resultan las consideraciones de ALONSO UREBA, A., «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* (dir. GARCÍA VILLAVARDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, 2002, págs. 264 y ss.

³³ Cfr. SSTS de 2 de abril de 1986 (RJ 1986/1789), 10 de octubre de 1990 (RJ 1990/7592), 29 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7026), 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8357), 22 de octubre de 1996 (RJ 1996/7510), 30 de junio de 1999 (RJ 1999/4896).

la gestión y defensa de la integridad de la masa concursal, asumen una serie de obligaciones derivadas de la relación de administración que les une con ella ³⁴. Con ello, la LC inaugura un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa, con carácter general y sin graduaciones, en el que no es admisible la ponderación de la culpa entre leve o grave y ensayar, de este modo, una especie de franquicia de la responsabilidad civil para los casos de culpa leve o, si se quiere, levisima. De este modo, se retorna al criterio genérico de la responsabilidad por culpa o negligencia, desapareciendo el injustificado y viejo privilegio de eximir a los administradores de la responsabilidad derivada de la culpa leve o levisima y se devuelve la responsabilidad de los administradores concursales al más amplio campo de la responsabilidad civil, en el que serán los Tribunales los que podrán moderar, según los supuestos planteados, esta responsabilidad procedente de negligencia (art. 1.103 C.c.).

La primera conclusión que se extrae, en tarea interpretativa, en torno al examen del criterio de la «diligencia debida» como supuesto de imputación de la responsabilidad de los administradores concursales a que se refiere el artículo 36.1 de la LC, es que el administrador concursal no responde por no lograr en todo caso un resultado positivo y concreto tras su actuación; dicho de otro modo, más en términos propios de la responsabilidad civil contractual, la obligación general del administrador concursal es de medios y no de resultado ³⁵. Las obligaciones de medios representan el núcleo fundamental dentro de las debidas por el administrador concursal, quien debe desarrollarlas en el marco de la ley, orientando su actividad hacia la conservación de la masa concursal ³⁶.

³⁴ Esta fórmula genérica de actuación no es muy diferente de la empleada en otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, Ley de Sociedades por Acciones de 1965, parágrafo 93 dispone «...proceder con el cuidado de un director de negocios ordenado y leal». En cambio, en el *Codice Civile* italiano, artículo 2.393 se dispone que «...con la diligencia del mandatario», es decir, mantiene la equiparación al mandatario, o lo es lo mismo exige un grado diferente de diligencia («el del buen padre de familia»); sobre este particular, CANDELARIO MACÍAS, M.I., «El nuevo régimen italiano sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español–», *Derecho de los Negocios*, núm. 117, 2000, págs. 11-22; LANFRANCHINI, L. C., *Amministrazione controllata e diritto vigente*, Milán, 1996, págs. 154-178.

³⁵ Ahora bien, ello no impide, como advierten DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ C./UREÑA MARTÍNEZ, M. «Artículo 36», cit., pág. 331, que a lo largo de toda la LC no existan algunas obligaciones o deberes de los administradores concursales que se enmarquen más bien en la cualificación de obligaciones de resultado –configurándose, en todo caso, como «actos u omisiones contrarios a la ley»–, como ocurre a título ejemplificativo con la obligación *ex* artículo 74 de la LC de presentar el informe de la administración concursal en el plazo previsto legalmente. Más ampliamente, sobre los presupuestos de las obligaciones de medios o de resultado, *vid.*, entre otros, JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», cit., en especial págs. 172 y ss., 197 y ss. y 456 y ss.; CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.101 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO, M.), t. XV, 1.º, Madrid, 1989, págs. 591 y ss. Hubiera sido posible haber regulado el contenido de las obligaciones de los administradores utilizando en todos los supuestos el molde de la consecución de un resultado positivo concreto para valorar si dichos sujetos han cumplido o no su función –o, en otros términos, para observar si su comportamiento es o no lícito o antijurídico (*vid.*, en relación con este aspecto, las consideraciones a las que llega, en el ámbito del art. 133 LSA, ARROYO MARTÍNEZ, I., «Artículo 133. Responsabilidad», cit., págs. 1.403 y ss.). En ese caso, la «obligación» sería calificada «de resultado». Pero no ha sido esa la tendencia de nuestro legislador, ya que únicamente las hipótesis que encajan en el tipo de incumplimiento material «actos u omisiones contrarios a la ley», pueden calificarse como «obligaciones de resultado», ya que la prueba de la ilicitud objetiva –la contraria a la ley– supone en sí misma un resultado antijurídico, un incumplimiento legal.

³⁶ Algunos autores, en sede societaria, llegan a considerar que la única fuente de responsabilidad de los administradores, es decir, de obligación de resarcir es la derivada del incumplimiento de la obligación general de administrar diligentemente, y que la ley y los estatutos, más que fuentes constituyen el marco en el que se desarrolla tal actividad; *vid.* ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 675. Algunos autores (entre otros DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., «Artículo 36», cit., pág. 332) consideran posible que, dentro de los ilícitos «actos u omisiones contrarios a la ley», queden incluidos tanto los supuestos

La diligencia tiene una gran relevancia en la apreciación de la conducta y la actividad de los administradores concursales. En la LC la «diligencia» se perfila como un concepto poliforme³⁷, una cláusula general que permite incorporar a los deberes estrictamente orgánicos derivados del elenco institucional de la posición de administrador concursal, otras prestaciones específicas de cada masa concursal concreta que varía según sus características. La diligencia representa el criterio para valorar la exactitud o no del cumplimiento de la obligación debida. Ahora bien, en el supuesto de que un determinado comportamiento de los administradores concursales no se ajuste al modelo de diligencia exigible, el «incumplimiento» no es todavía, por ello, definitivo, en el sentido de ser considerado «imputable»; para ello resulta necesario que ese «incumplimiento material» o inexactitud «objetiva» sea sometido al juicio de responsabilidad, donde la culpa vuelve a actuar, en este caso, como criterio de imputación (subjetiva) de la responsabilidad³⁸.

1.2.3.2. La «debida diligencia» como modelo de conducta.

1.2.3.2.1. Preliminar.

La inclusión de la diligencia en el artículo 36 de la LC le ha conferido un carácter legal-contractual: legal porque se trata de una imposición a través de una ley formal (la LC); y contractual porque el administrador concursal aceptante de su cargo se compromete a actuar diligentemente³⁹. Ahora

calificados como obligaciones de resultados como hipótesis consideradas obligaciones de medios. En el supuesto de que así fuera, entienden estos autores que se produciría un solapamiento innecesario entre ambos tipos de ilicitud, puesto que, en último término, la diligencia siempre actuaría como patrón de comportamiento correcto, con independencia de que la conducta en cuestión aparezca o no tipificada legalmente como ilícita («contrario a la ley»). En todo caso, para estos autores, en esos supuestos, faltaría aún la intervención de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad.

³⁷ Sobre el carácter de cláusula general del término «diligencia», *vid.*, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., pág. 234; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 677, y en «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital...», cit., págs. 279-290.

³⁸ Dicho de otro modo, resulta posible que el administrador concursal que no ha cumplido (por no adecuar su conducta al modelo de diligencia exigible en el cumplimiento), quede exonerado de responsabilidad aportando la prueba de la imprevisibilidad o inevitabilidad del daño producido por el incumplimiento –material–; cfr. artículo 36.3 *in fine* de la LC, y los artículos 1.101, 1.104 y 1.105 del C.c.

³⁹ Las fuentes de las obligaciones en Derecho español común son las establecidas en el artículo 1.089 del C.c., [cfr. muy especialmente, SSTS de 16 de julio de 1991 (RJ 1991/5393) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4730)] que incluye los actos realizados con negligencia, es decir, con falta de diligencia. En este sentido la aplicación del artículo 35 de la LC viene a establecer un módulo específico en el ejercicio diligente más riguroso que el aplicable en Derecho común. La diligencia exigible adecuada representa una fuente específica de obligaciones muy relevante para la actividad de la administración concursal, porque la ley no llega a enumerar todas y cada una de las prestaciones debidas en el marco de la relación obligatoria de administración en sede concursal, derivándose muchas del módulo de diligencia exigible. Hay que tener en cuenta, por consiguiente, las circunstancias de cada caso para determinar las prestaciones que tienen su origen en la «diligencia exigible». En este sentido, GARRIGUES, J., en GARRIGUES/URÍA, «Comentario...», cit., II, pág. 161, mantiene que la «...diligencia media no tiene carácter rígido, sino elástico, es decir, es adaptable a las circunstancias de la sociedad en cuestión...»; *vid.*, en una misma línea, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los Administradores...», cit., pág. 199.

bien, pero cuál es el grado o nivel de diligencia debida exigible⁴⁰. Esta cuestión parece que viene, en buena medida, solucionada por el artículo 35 de la LC que adjetiviza y, por tanto, completa, concreta y define la diligencia con la que deben actuar los administradores concursales en el ejercicio de su cargo: «con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal». Luego las dudas acerca del grado de «diligencia exigible» se trasladan ahora a la interpretación de las locuciones «ordenado empresario—"administrador"»⁴¹ y «representante leal»⁴².

Estos parámetros representan la medida concreta de diligencia o el modelo de comportamiento al que deben adaptar su actividad los administradores concursales. Esos modelos a los que recurre el legislador (el administrador y el representante) presuponen una preparación y unos conocimientos (teóricos y académicos; o prácticos, proporcionados por la experiencia o habitualidad de la actividad), integrantes de una moral o ética (deontología) determinada⁴³.

La medida de la diligencia exigible conforme con los tipos del «ordenado administrador» y el «representante leal» resulta más fácil cuando se trata de cumplir las obligaciones que les vienen impuestas a los administradores concursales por la ley o por decisión del juez del concurso, ya que en esos supuestos se conoce, al menos, sin ningún género de dudas, en qué consiste la obligación del administrador concursal, y cuándo se produce un incumplimiento de sus deberes. Más difícil deviene esta medida de la diligencia debida conforme con los parámetros del «ordenado administrador» y del «representante leal» en los supuestos en los que la actuación de los administradores concursales

⁴⁰ En Derecho civil común la medida estándar de la diligencia debida en la ejecución o desarrollo de las obligaciones es «aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar». En el supuesto de que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un «buen padre de familia» [art. 1.104 C.c. —cfr. SSTS de 26 de mayo de 1995 (RJ 1995/4130) y 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9356)—].

⁴¹ Sobre el término «ordenado empresario», puede verse, entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., págs. 196 y ss.; ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital...», cit., págs. 279-290; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., pág. 243 y ss.; DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, págs. 54 y ss.; POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., pág. 134 y ss.; PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la Sociedad Anónima. Obligaciones, responsabilidad, aseguramiento*, Madrid, 1999, págs. 85-99.

⁴² El deber de lealtad que se exige a los administradores concursales tiene cierta fundamentación en el deber de buena fe implícito en todos los contratos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.258 del C.c. La lealtad representa una pauta de actuación en la promoción de los intereses de la masa concursal (e indirectamente del deudor, acreedores y tercero), y constituye un elemento generador de comportamientos para el administrador cuya no observancia implica la comisión de infracciones de su deber. Sobre el término «representante leal», resultan muy interesantes las consideraciones planteadas, entre otros, por GARRIGUES, en GARRIGUES/URÍA, «Comentario...», cit., II, págs. 446 y ss. y en *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, reimpresión 1991, págs. 45 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los Administradores...», cit., págs. 201 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., «Comentarios a la Ley de Agrupaciones...», cit., pág. 238 y ss.; ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital...», cit., págs. 279-290; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores en la S.A.*, Madrid, 1996, págs. 91 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., «El deber de fidelidad de los administradores...» cit., págs. 30 y ss.

⁴³ En términos parecidos, aunque respecto de los gestores de entidades financieras, *vid.*, VEGA PÉREZ, F., «Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. 1, Valladolid, 1998, págs. 689-707, quien diferencia entre conocimientos y experiencia y equipara los primeros a ideas y saberes adquiridos a través de estudios académicos, y la segunda a enseñanza adquirida a través de la práctica, aunque destaca su íntima conexión.

les no viene impuesta explícitamente por la ley ni por acuerdo del juez del concurso, pero emana implícitamente de una actuación diligente con arreglo al cargo para el que han sido nombrados. Puede resultar complicado, en muchos casos, distinguir entre una actuación diligente del administrador concursal de la que no lo es y no representa más que una imprudente y hábil maniobra. Hay que recordar que el administrador concursal está obligado a una actuación diligente, no a un resultado favorable, de ahí que no se deba confundir el éxito en el negocio con actuar con la diligencia debida.

El juicio de valor que debe realizarse para estimar si una actuación determinada de los administradores concursales se ajusta o no al prototipo de un «ordenado administrador» y «representante leal» a que se refiere la LC, únicamente puede llevarse a cabo de forma casuística; es decir, hay que realizarlo valorando cada caso concreto, sin que se deba establecer reglas genéricas que permitan decidir, toda vez que se trata de valorar sobre la correcta oportunidad de su actuación, teniendo presente las múltiples circunstancias concurrentes en el supuesto concreto de que se trata. La simple idea del «administrador» y del «representante» presupone la asunción de unos riesgos, lo que lleva parejo un elemento de aleatoriedad y discrecionalidad que resulta incompatible con el establecimiento de normas apriorísticas para su actuación.

Respecto a la calificación, dentro de las posibles graduaciones, niveles o intensidades de aplicación del tipo, el grado de diligencia del «ordenado administrador» y el «representante leal» supone un grado de diligencia media, un nivel intermedio entre lo que sería diligencia mínima y una elevada ⁴⁴.

Ahora bien, se nos plantea la duda de si aplicar o no al caso la noción de diligencia emanada del Derecho civil; dicho de otro modo, nos compete determinar si la diligencia exigible por aplicación de las locuciones «ordenado empresario –"administrador–"» o «representante leal» es identificable con la diligencia del «buen padre de familia» ex artículo 1.104 del C.c., o varía en alguna medida ⁴⁵. Pues bien, creemos que en el Derecho concursal el modelo del artículo 1.104 del C.c. es el único aplicable, ante la innecesidad de acudir a otros parámetros, supuestamente distintos, como el del «buen profesional» ⁴⁶. A nuestro juicio, la pauta establecida en el artículo 1.104 del C.c. responde a un mode-

⁴⁴ Esta es la opinión que se mantiene respecto de los administradores de las sociedades anónimas en las SSTs de 23 de febrero de 1990 (RJ 1990/681) y de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7230) para las que la diligencia del ordenado comerciante es la exigible al comerciante normal; la ley les está exigiendo la diligencia normal en el desempeño de su cargo.

⁴⁵ Así lo entienden también, entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, I., «Artículo 133. Responsabilidad...», cit., pág. 1.405, para quien «la diligencia de un ordenado empresario no es la exigible a una persona media o normal, sino a un empresario medio. La expresión "ordenado empresario" cualifica aquí la diligencia, elevando el nivel y equiparándola a la exigible a un buen profesional; es decir, a una persona que se dedica habitualmente y económicamente a esa actividad. La referencia del Derecho civil, heredada del Derecho romano, del *bonus pater familias* no tiene aplicación, porque es la media de un hombre medio. La referencia sería, si se permite la expresión, a un *bonus mercatorum*»; *vid.*, en una línea similar, SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores...», cit., pág. 103; PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades», *Tratado de responsabilidad civil* (coord. REGLERO CAMPOS), Navarra, 2003, pág. 1.283.

⁴⁶ Unas frases, muy elocuentes, de JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», cit., págs. 124-125, nos van a servir para demostrar que la «diligencia profesional» («pericia») no diverge del modelo de conducta a que se refiere el artículo 1.104 del C.c., y cómo ese mismo precepto sigue siendo el único exponente que actúa como modelo de conducta para cualquier actividad –a no ser que en el ámbito contractual, se pacte uno que eleve el nivel de diligencia en principio exigible conforme al precepto–: «Como consecuencia de la noción de diligencia que resulta acogida en el Código civil..., se habla de diligencia como observancia, también de reglas técnicas, esto es, diligencia como pericia. De forma que la impericia no es sino una forma de culpa, que, a su vez, consiste siempre en la violación (objetiva) de una norma

lo de conducta objetivo (el del «buen padre de familia»), que se aleja enormemente de las aptitudes subjetivas del deudor, además de que el patrón de comportamiento ha de modalizarse o adecuarse a las diversas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que añade a esa misma pauta de conducta el carácter de «elástico»⁴⁷. Además, el artículo 35 de la LC ha facilitado su interpretación, eludiendo la conexión que el artículo 127 de la LSA establecía entre los regímenes correspondientes a dos figuras formalmente distintas («administrador» –figura a la que iba destinada la regulación normativa– y «empresario» –figura utilizada por la doctrina para alterar, al alza, la diligencia exigible al administrador–), al utilizar una sola figura jurídica (y no dos como la LSA) para regular su régimen jurídico, en concreto la diligencia exigible en su comportamiento a efectos de responsabilidad civil. Luego no vemos ningún impedimento teórico-jurídico en aplicar como parámetro de conducta el criterio del artículo 1.104 del C.c. con el propósito de observar si el administrador concursal se ha comportado como un «buen administrador», sin que sea necesario aplicar figuras distintas, ni exigir al administrador concursal un nivel de diligencia superior al que corresponde a un buen padre de familia, según la previsión legal del artículo 1.104 del C.c.

1.2.3.2.2. El «ordenado administrador».

El legislador a la hora de señalar la diligencia con que debe actuar el administrador concursal ha elegido el modelo del «ordenado administrador». Se trata de una expresión altamente equívoca, que parece estar refiriéndose a los administradores de las sociedades mercantiles. Los artículos 127.1 de la LSA y 61 de la LSRL señalan, respecto a ellos, que «desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario». Luego, la equiparación al «ordenado empresario» parece suponer que el tipo de diligencia exigible a los administradores concursales es el del empresario y que tienen que cumplir con las normas que se imponen en general a este; en suma, deben actuar como si fueran aquel, en su labor diaria, en defensa de los intereses del concurso, al margen de que legalmente no lo sean. Sin embargo, a nuestro juicio, hay que tener presente dos consideraciones.

En primer lugar, que nuestro legislador no ha mostrado duda acerca del modelo legal de conducta a seguir por el administrador concursal. Si el legislador hubiese pretendido equiparar al admi-

de conducta. Cuando se trata de impericia, la particularidad reside en que tratándose de prestaciones técnicas, aquella norma de conducta en vez de venir dada por la experiencia común, viene dada por el buen hacer de un arte, profesión u oficio, es decir, por sus reglas técnicas. La impericia (que es una forma de manifestarse la culpa) es una noción objetiva como la culpa misma, porque la violación de la norma de conducta (técnica en este caso) se produce con independencia de la buena o mala voluntad del sujeto obligado y al margen de cuáles sean sus concretas aptitudes».

⁴⁷ Este es el adjetivo empleado por buena parte de la doctrina más autorizada, cuando interpreta la diligencia de los administradores sociales; *vid.*, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., voz «Responsabilidad civil de los administradores», cit., pág. 5.913; JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», cit., págs. 118 y ss. En este sentido lo considero, igualmente GARRIGUES, J., en GARRIGUES/URÍA, «Comentario...», cit., II, pág. 159, quien mantuvo que «administrar bien una sociedad quiere decir apreciar en cada caso la conveniencia de resolver en un sentido o en otro un determinado asunto, o de adoptar iniciativas oportunas, o de llevar a cabo proyectos que de antemano es difícil calificar de prudentes o temerarios. Las operaciones de una sociedad tienen siempre carácter aleatorio y este carácter es justamente el que impide formular reglas concretas de diligencia...»; pág. 161 «...diligencia media no tiene carácter rígido, sino elástico, es decir, es adaptable a las circunstancias de la sociedad en cuestión...». En esta misma línea se mantienen, entre otros, DIAZ ECHEGARAY, J. L., «La responsabilidad civil de los administradores...», cit., pág. 245. Muy relevante, en la doctrina extranjera, ROSCOE POUND, *An introduction to the philosophy of law*, New York, 1945, pág. 118.

nistrador concursal con un empresario, en cuanto modelo de conducta, lo habría conseguido simplemente utilizando la expresión «ordenado empresario» en lugar de «ordenado administrador». En nuestra opinión, la opción legislativa ha sido acertada porque el modelo del «ordenado empresario» no se adapta a las características de las funciones que desarrollan los administradores concursales, mientras que el modelo de «administrador ordenado» refleja mejor la ajenidad de la gestión en la defensa de los intereses del concurso.

En segundo lugar, y enlazada con la anterior, que el administrador concursal, aparte de actuar como un empresario, tiene que colaborar con el juez, sustituir al deudor, en algunos casos, en la administración de la masa del concurso, e intervenir, en otras ocasiones, las operaciones de este (art. 40 LC). Además, a diferencia del empresario, el administrador concursal tiene encomendadas unas tareas que, más que relacionadas con la administración de bienes ajenos –tarea propia de los administradores de sociedades–, lo están con el desarrollo del proceso (tal y como ocurre con el reconocimiento y la clasificación de los créditos –arts. 86 y ss. LC–, con la presentación de determinados informes –arts. 74, 107.2, 115, 169 y 176.2 LC–, con la elaboración de determinados planes –art. 148 LC–, o con el deber de facilitar aclaraciones o información –arts. 35.6 y 120 LC–). Luego, la referencia a un «administrador» debe ser entendida hecha a un «administrador concursal», esto es, a un sujeto cuyo estatuto jurídico viene definido por la LC, y no a un «empresario», porque aunque nuestro legislador se haya inspirado en el modelo de diligencia del «ordenado empresario» previsto para las sociedades anónimas y limitadas (arts. 127 LSA y 61 LSRL), resultaría excesivo e inadecuado imponer a los administradores concursales el mismo nivel de diligencia que a los directivos empresariales, porque aquellos tienen limitada la discrecionalidad de sus actuaciones por la supervisión del juez del concurso.

En suma, el empleo del modelo legal de conducta del «administrador» ha sido acertado porque refleja que la tarea encomendada es la de un gestor, que debe actuar guiado por la buena fe y por su juicio crítico, discreción y sabio discernimiento, libre de conflicto de intereses.

El grado de diligencia inherente al calificativo de «ordenado» que se añade al sustantivo «administrador» comprende cualidades como la capacidad de iniciativa y de previsión, la preparación y muy especialmente la prudencia⁴⁸. Esta prudencia impide al administrador concursal embarcarse en actuaciones que puedan poner en peligro los intereses del concurso, a la vista de las circunstancias que concurren, sin una adecuada planificación y estudio; es decir, debe actuar con una prudencia similar con la que lo haría un ordenado empresario cuando pone en riesgo su propio patrimonio. Ahora bien, ello no significa que la prudencia deba ser llevada a extremos tales que le impida una actuación libre y con ciertas dosis de discrecionalidad, dentro de los parámetros legales y de las deci-

⁴⁸ GARRIGUES, en GARRIGUES, J./URÍA, R. «Comentario...», cit., II, págs. 125, 159 y 161, mantiene que el ordenado comerciante es «comerciante prudente que no suele arriesgar el capital de la empresa en asuntos impremeditados o aventurados». OLIVENCIA RUIZ, M., «Los deberes de los administradores: el deber de diligencia», conferencia pronunciada en el Curso *El Gobierno de las compañías Mercantiles en España*, Barcelona, 8 de julio de 1997 (texto mecanografiado), pág. 12, considera que del buen empresario «pueden predicarse las virtudes de prudencia, competencia, dedicación y atención de su actividad». Para VEGA, «Régimen ético-jurídico...», cit., págs. 697-698, un ordenado empresario es actuar con profesionalidad y prudencia, profesionalidad que se acentúa con la incorporación del término «empresario»; profesionalidad ligada a conocimientos, experiencia, actitud crítica y prudencia (págs. 704-705). Por su parte, GARRIDO GARCÍA, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, pág. 117, identifica prudencia y diligencia.

siones del juez del concurso. La asunción de riesgos es consustancial a la actividad empresarial y el administrador concursal, que conforme a la LC debe actuar como un ordenado «administrador», tiene que asumirlos, aunque con profesionalidad y prudencia, porque no es sinónimo de gestión diligente la de quien los rehúye sistemáticamente ⁴⁹.

En línea con la argumentación anterior, a nuestro juicio, más que «ordenado» el administrador concursal debiera ser «responsable», de ahí que creamos conveniente redefinir el modelo de conducta revisando la referencia a la actitud «ordenada», más propia de un empresario individual o, en todo caso, del que goza de posición de monopolio, y que nos parece se aviene mal con la necesaria asunción de una actitud de buena fe que debe iluminar la actuación del administrador concursal. De ahí, que en un futura reforma de la LC convendría sustituir la referencia a la actitud ordenada por la de «responsable», «juicioso» o «discreto». Téngase en cuenta que del administrador concursal deriva el deber de llevar a cabo ciertos comportamientos con los que encaja mejor el modelo de conducta propuesto; correcta intervención en las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, en caso de concurso voluntario (art. 40.1 LC), conservación del caudal relicto, en caso de concurso de la herencia (art. 40.5 LC), elaboración del informe a que se refiere los artículos 74 y 75 de la LC, formación del inventario a que se refiere el artículo 82 de la LC, asistir a las reuniones de la junta de acreedores, etc. ⁵⁰

Respecto a la forma de transgresión de su deber de actuación «ordenada» creemos, a diferencia de lo que ocurre, como veremos, con la infracción del modelo de conducta del «representante» leal, que puede ser tanto de forma dolosa como culposa.

1.2.3.2.3. El «representante leal».

El artículo 35 de la LC obliga a los administradores concursales a desempeñar su cargo con la diligencia no solo de un ordenado administrador sino también de un «representante leal» ⁵¹. Nuestro legislador, al consagrar que la diligencia de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones de representación es la de un «representante», es consciente de que aquellos aun cuando

⁴⁹ De ahí que la doctrina (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Responsabilidad de los administradores de capital en la esfera jurídico-societaria», en *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, 1996, pág. 18; QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil de los Administradores...», cit., págs. 199-200; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de Responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 25; MORILLAS JARILLO, M.^a J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002, págs. 367-368) considere que el juicio de la diligencia no pueda realizarse sobre el resultado de la decisión o actuación (evaluación *a posteriori*), sino sobre la oportunidad o razonabilidad de su adopción en ese momento determinado (evaluación coetánea o contemporánea).

⁵⁰ Estos comportamientos resultan incompatibles con ciertas conductas como la prodigalidad. Para SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores...», cit., pág. 48, «difícilmente puede conciliarse la idea de la prodigalidad con la del ordenado empresario». Aunque técnicamente la prodigalidad no es causa de incapacidad (art. 28 LC), la sentencia que la declare debería establecer la imposibilidad de que el pródigo sea administrador concursal.

⁵¹ Una manifestación evidente del deber de los administradores concursales de actuar con la diligencia de un «representante leal» se contiene en el artículo 43 de la LC, que dispone que las facultades de administración y disposición sobre la masa activa atenderán a la conservación de la masa activa «del modo más conveniente para los intereses del concurso».

no son mandatarios, actúan en forma similar a estos (arts. 281 y 283 C.c.), al actuar en defensa de intereses ajenos, en concreto de los intereses del concurso ⁵².

Este modelo de conducta se hace patente cuando contemplamos la función de los administradores concursales desde una perspectiva externa, mientras que la interna corresponde, en cuanto a su deber de diligencia, el propio del «ordenado administrador».

El estándar del «representante leal» hace referencia sobre todo a la obligación del administrador concursal de actuar con lealtad ⁵³ y fidelidad en la gestión encomendada, y, sobre todo, de perseguir el interés del concurso, hasta tal punto que en caso de conflicto de intereses entre los suyos propios y los del concurso, estos deben prevalecer sobre aquellos ⁵⁴. Dicho de otro modo, la diligencia del representante leal lleva implícito el deber de lealtad o fidelidad que se traduce en la obligación de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de los intereses del concurso. Las infracciones del modelo de conducta del «representante leal» constituirán siempre infracciones del deber de lealtad constitutivas, por tanto, de una conducta desleal de los administradores concursales. Sobre la forma de atentado a la lealtad, creemos que únicamente cabe de forma dolosa.

El deber de los administradores concursales de actuar como un «representante leal» representa un patrón que debe ser tenido en cuenta con menor casuismo que el del «ordenado empresario», ya que la lealtad exigible resulta más uniforme y es, además, más independiente del procedimiento concursal concreto de que se trate.

⁵² El término «leal» se emplea en otros muchos sectores del ordenamiento mercantil, y ha venido quedando reservado a la esfera de las relaciones extracontractuales hasta la promulgación de la LCD (*vid.*, art. 5). Se trata de un concepto distinto de la «lealtad», que como sinónimo de buena fe, se exige en la contratación (cfr. arts. 9.1 y 10.1 L12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia). ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Interés social...», cit., pág. 39 considera que el deber de actuar como un representante leal «es un estándar más estricto que el del "contratante leal". La diferencia consiste en que el representante leal solo puede tener en cuenta los intereses del principal y ha de subordinar el propio al del principal (*vid.*, por ejemplo, art. 255 C. de co.); *vid.*, las consideraciones mantenidas por este mismo autor en las págs. 39 y 40, sobre la distinción entre deber de actuar como representante leal o como contratante leal.

⁵³ Por ello, creemos que la expresión «representante leal» es pleonástica, porque, de suyo, todo representante debe ser leal.

⁵⁴ En este mismo sentido se pronuncia la doctrina respecto de la obligación de fidelidad que recae sobre los administradores de las sociedades anónimas; *vid.*, entre otros, GARRIGES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R., «Comentario...», cit., II, pág. 159, para quien la alusión al «representante leal» hace referencia al «deber de fidelidad que impone al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que él representa anteponiendo esos intereses a los suyos propios»; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 376, quien mantiene que «la noción de representante leal exige, en cada caso, la observación, con doctrina semejante a la del mandato mercantil en nuestro Derecho, el cuidado primordial —con sacrificio de los propios— de los intereses de la sociedad»; SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores...», cit., pág. 224, al comentar el artículo 132 de la LSA sostiene que este precepto «se justifica en cuanto que refuerza los criterios sobre la conducta de los administradores, en cuya actuación han de estar presentes el deber de lealtad hacia la sociedad y la defensa de los intereses sociales, que se han de sobreponer sobre los propios de los administradores o los de terceras personas»; LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes de los administradores en la S.A.», cit., págs. 46, 91 y 92, la actuación en interés de terceros es lo que caracteriza la relación de los administradores sociales que debe preordenar en todo momento el interés social sobre el propio; PUIG BRUTAU, J., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima», cit., pág. 364, para el que al administrador se le «impone el deber de atender a lo ajeno con preferencia a lo propio».

1.3. La culpa como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad civil de los administradores concursales.

El artículo 36 de la LC establece los supuestos de imputación de la responsabilidad con arreglo a las normas que rigen la responsabilidad civil, sin formular una responsabilidad especialmente adecuada –y más benigna que la ordinaria–. Luego, uno de los elementos o presupuestos que integran o desencadenan la responsabilidad de los administradores concursales es la culpa⁵⁵; dicho de otro modo, el incumplimiento como presupuesto de la obligación de resarcir ha de contar además con la característica de culpabilidad⁵⁶, representando esta un presupuesto necesario tanto respecto de los actos ilegales como de los negligentes. La exigencia de culpabilidad del administrador concursal para el surgimiento de su responsabilidad implica la voluntariedad de su conducta, de tal modo que quedarán excluidos tanto los supuestos en que falte tal voluntariedad o se encuentre gravemente viciada como los casos en que concorra acción, error sustancial, violencia, etc. Sin voluntariedad no hay culpabilidad y sin culpabilidad no hay responsabilidad. Consecuentemente, para que nazca la responsabilidad de los administradores concursales no es suficiente que sus actos resulten lesivos para la masa, antes al contrario, pueden producirse pérdidas cuantiosas para ella por consecuencia de la gestión de aquellos sin que resulten responsables⁵⁷. Los administradores concursales únicamente serán responsables al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la diligencia debida, en los demás supuestos no surge su responsabilidad aunque se produzca un daño a la masa activa.

⁵⁵ Sobre los conceptos de culpa y, en particular, sobre la concepción clásica, *vid.*, SANTOS BRIZ, J., «La culpa en Derecho civil, ampliación actual de su concepto», *RDP*, 1967, págs. 615 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, págs. 35 y ss.

⁵⁶ La conceptualización de la culpa puede abordarse desde distintos ángulos, adoptados por distintas corrientes doctrinales (sobre un estudio de la culpa en sus distintas acepciones *vid.*, muy especialmente, SANTOS BRIZ, J., «La culpa en Derecho civil», *cit.*, págs. 614 y ss.) hasta el punto de que se refleja de modo poco unitario en nuestro C.c. [cfr., a simple título ejemplificativo, los arts. 1.101 (donde se opone dolo y negligencia), 1.902 (que diferencia entre la culpa y la negligencia), 1.107 (en el que se opone dolo y buena fe)]. Tradicionalmente se han mantenido diferencias entre la llamada culpa extracontractual y culpa contractual. Pues bien, en el ámbito de la responsabilidad de los administradores societarios la doctrina unánimemente ha rechazado la responsabilidad objetiva de los administradores (así, entre otros, GIRÓN TENA, J., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *ADC*, 1959, pág. 209; GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R., «Comentario...», *cit.*, II, pág. 189; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los Administradores...», *cit.*, pág. 229). A juicio de la mejor doctrina, la administración social es un órgano necesario para la existencia y continuidad de la sociedad, y sus titulares tienen una posición jurídica orgánica-contractual, por cuanto para llegar a serlo han de aceptar no solo un cargo genérico sino los estatutos, objeto y circunstancias de la sociedad. Estas consideraciones en sede societaria son trasladables al ámbito de la administración concursal (sobre las consideraciones expuestas, *vid.*, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho civil español, común y foral», III, *cit.*, pág. 223; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, págs. 502; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, págs. 170-171; SANTAMARÍA PASTOR, J., *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 130-131). A nuestro juicio, desde el momento de la aceptación del cargo de administrador concursal existe entre este y la sociedad incurso en un procedimiento concursal una relación jurídica, por lo que el incumplimiento imputable y culpable lo será con culpa extracontractual.

⁵⁷ Como sabemos, junto con la responsabilidad por la culpa, se encuentra la llamada responsabilidad por el riesgo o más comúnmente llamada «responsabilidad objetiva», conforme a la cual responde del daño quien lo causa, con independencia de que haya tenido o no culpa de su producción. Debe indemnizar el daño causado por el solo hecho de haberlo originado. Conforme con esta teoría quien ha realizado la actividad productora del daño, ha asumido el riesgo y, por consecuencia, debe correr con sus consecuencias.

Partiendo de que la consideración doctrinal y jurisprudencial de la culpa no ha sido uniforme, creemos que la acción u omisión culposa de los titulares del órgano de administración concursal será aquella en la que se ha omitido la diligencia exigida en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.1 de la LC, lo que no deja de ser un comportamiento culpable entendido en el sentido clásico de culpa como ausencia de diligencia específica en función de la naturaleza de la diligencia (también reflejada en lo dispuesto en el art. 1.104 C.c.). Ahora bien, cabría diferenciar según se trate de la culpa en incumplimiento de las prestaciones consistentes primordialmente en la aplicación de la diligencia debida⁵⁸ (que ha de ser valorada conforme a un criterio objetivo –por relación a la actuación de un «ordenado empresario "administrador" y representante leal»– y a un criterio subjetivo –si en el caso determinado el administrador pudo prever o debió haber previsto las consecuencias dañinas de su acción u omisión–) de la culpa que se halla en la base de la prestación de resarcir como consecuencia de incumplimiento de prestaciones tipificadas⁵⁹ (donde el ejercicio sobre la actitud del agente tiene menos peso, y donde el elemento antijurídico es más relevante para determinar la obligación de resarcir daños). En este contexto, la culpabilidad se considera como un elemento de la antijuricidad, como un elemento reprochable de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico, de tal modo que, a nuestro juicio, la culpa representa un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad en todos los supuestos previstos legalmente⁶⁰.

Una vez probado el incumplimiento del administrador concursal en cualquiera de las modalidades previstas legalmente (comportamiento contrario a la ley o conducta realizada sin la debida diligencia), corre a su cargo la carga de probar la exención de responsabilidad por causa no imputable; es decir, debe demostrar que la imposibilidad de ejecutar la acción debida en el marco de la obligación de resarcir no le es imputable⁶¹; dicho de otro modo, debe probar que el «incumplimiento material» en realidad deriva de un suceso imprevisible y/o inevitable (art. 1.104 en conexión con el art. 1.105 C.c.). Ahora bien en la práctica procesal se diferencia claramente entre la prueba de la culpa en las prestaciones derivadas de la diligencia por un ordenado empresario y un representante leal, que son prestaciones de aplicar unos medios (prestaciones de medios), y las prestaciones tipificadas (nacidas de

⁵⁸ El criterio objetivo de la medida de la diligencia exigible según un criterio abstracto implica que «es exigible según las circunstancias ... según el criterio objetivo ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio precisos ... no es decisivo al respecto la individualidad del agente, sino que las circunstancias determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela»; *vid.*, SANTOS BRIZ, J., «La culpa en Derecho civil...», cit., pág. 617.

⁵⁹ Esta diferenciación y las consecuencias señaladas pueden encontrarse en POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., págs. 280 y ss.

⁶⁰ Téngase en cuenta que la doctrina mercantilista que ha analizado estas consideraciones en la LSA advierten cómo algunos autores niegan que la culpa actúe como criterio de imputación de la responsabilidad en los tres supuestos que prevé el artículo 133 de la LSA, y mantienen que mientras que aquella sí actúa como criterio de imputación de la responsabilidad en el último tipo de incumplimiento (actos realizados sin la diligencia debida), no juega como tal criterio de imputación de la responsabilidad cuando estemos frente a un acto «contrario a la ley» o «a los estatutos». La argumentación de quienes defienden esta postura se encuentra en considerar a estos dos supuestos como casos de responsabilidad objetiva, además de una responsabilidad profesional tipificada, donde la irrelevancia de la culpa queda sustituida por el simple incumplimiento.

⁶¹ En este sentido, *vid.*, muy especialmente, Díez-PICAZO, I., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial...», cit., pág. 727. Desde una perspectiva dogmática distinta *vid.*, CRISTÓBAL MONTES, A., «El incumplimiento de las obligaciones», cit., pág. 127, quien critica la concepción de culpa como «presupuesto de responsabilidad» prefiriendo su consideración como «factor desencadenante de una circunstancia que habiendo provocado la imposibilidad de la prestación acarrea su transformación...».

la ley) que son prestaciones que obligan a la obtención de un resultado (prestaciones de resultados). Mientras que en las primeras, el actor procesal deberá probar siempre la culpa de los administradores concursales, es decir, la no aplicación de diligencia debida, en las segundas, el actor probará que el resultado no ha sido obtenido, y de esa misma falta del resultado deseado se deduce la culpa del administrador concursal ⁶².

1.4. El daño: criterio distintivo de la acción civil por daños a la masa y por daños a intereses individuales.

1.4.1. Ideas previas.

Otro de los presupuestos necesarios para la constatación de la existencia de la responsabilidad civil de los administradores concursales es la existencia de un daño ⁶³ (al que le son aplicables los arts. 1.101 y 1.106 C.c., al omitir el legislador concursal cualquier referencia al tipo o características). Se trata de un presupuesto *sine qua non* para la exigencia de dicha responsabilidad, porque aunque los administradores concursales hubieran incumplido con su deber de diligencia e incurrieran en cualquiera de las culpas recogidas en la ley, si no se produce un daño, no nacería la posibilidad de exigirles responsabilidad, al margen de que su actuación pudieran tener otras consecuencias ⁶⁴. El daño es, pues un elemento imprescindible, generador de la responsabilidad de los administradores concursales, como sucede con carácter general en cualquier supuesto de responsabilidad civil ⁶⁵. Es actualmente el motor de la responsabilidad ⁶⁶.

⁶² Téngase en cuenta que en las prestaciones de resultados el incumplimiento se reflejará por la falta del resultado debido; así DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, pág. 238, estima que en las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento; al acreedor le bastará demostrar la obligación y la inexecución, el deudor, en cambio, deberá demostrar que actuó con diligencia.

⁶³ Conceptualmente el daño ha sido objeto de un amplio estudio en el Derecho civil común, aceptándose, en términos generales, que se trata de un menoscabo causado a un tercero (*vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Elementos de Derecho civil de Lacruz», cit., pág. 279, describe al daño como «toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona... un desequilibrio jurídico que la indemnización debe restablecer en todo o en parte»; LARENZ, K., «Derecho de obligaciones», cit., pág. 193, define al daño como «menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio»; SANTOS BRIZ, J., «La culpa en Derecho civil...», cit., págs. 614 y ss., resalta en su definición del daño el elemento de su antijuricidad; en concreto para este autor el daño es «todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica»; para otras definiciones sobre el daño, puede verse, entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...», cit., 234 y ss.; VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, París, 1982, págs. 306 y ss.

⁶⁴ Así, por ejemplo, la pérdida del derecho de retribución de los administradores concursales conforme a lo que disponen los artículos 74.3, 117.1 ó 153.3 de la LC; o la separación del cargo conforme a los artículos 37 ó 153 de la LC.

⁶⁵ *Vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, J., «Responsabilidad civil...», cit., pág. 143.

⁶⁶ VICENTE DOMINGO, «El daño», *Tratado de responsabilidad civil* (coord. REGLERO CAMPOS), Navarra, 2003, pág. 220. El determina la perspectiva en que últimamente se viene estudiando la responsabilidad civil. Lo apreciamos, incluso formalmente, en el título de algunas destacadas obras en la materia; así, a título de ejemplo, *El Derecho de daños* de ROCA TRÍAS y la obra homónima de DIEZ-PICAZO.

El daño ha de ser ilícito o antijurídico; dicho de otro modo, ha de estar conectado con una conducta de incumplimiento de los deberes de los administradores concursales. El poderoso principio de conservación de la masa activa no conlleva que cualquier disminución de esta o pérdida de una expectativa de incremento, sea imputada a los administradores concursales, porque ellos no asumen ese riesgo, únicamente las consecuencias del incumplimiento de sus deberes, de su negligente gestión. Luego, para la exigencia de responsabilidad civil de los administradores concursales es necesario tener un elemento de antijuricidad (causado infringiendo alguna norma), de culpabilidad, y deberá existir una relación causal entre el incumplimiento y el daño ⁶⁷.

El artículo 36 de la LC diferencia claramente la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios a la masa concursal (art. 36.1), de la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios al patrimonio individual de determinados sujetos. Las diferencias fundamentales entre ambas acciones son las relativas al patrimonio que resulta lesionado (y al modo en que lo es) y a las personas legitimadas para el ejercicio de dichas acciones.

1.4.2. *El patrimonio dañado.*

La actuación de los administradores concursales puede producir daños y perjuicios ⁶⁸, en algunos casos, a la masa «activa» ⁶⁹ del concurso y, en otros, a los patrimonios individuales de determinados sujetos (deudor, acreedores o terceros). Dependiendo del patrimonio que resulte dañado, se interpondrá una u otra acción, y el resarcimiento obtenido beneficiará al/los titular/es del patrimonio lesionado; es decir, se trata de dos cauces procesales independientes que no pueden confundirse. Es posible que la conducta lesiva de los administradores concursales lesione directamente el patrimonio del deudor o de cualquiera de los acreedores o terceros e indirectamente a la masa concursal. En este caso, los sujetos lesionados podrán ejercitar la acción de responsabilidad en defensa de los intereses individuales sin tener que ejercitar la acción a que se refiere el artículo 36.1 de la LC, e incluso presentar simultáneamente ambas acciones.

⁶⁷ Cfr. la jurisprudencia, ya clásica, respecto de daños; en particular conviene resaltar las SSTS, ya clásicas en el tema, de 28 de octubre de 1963 –RJ 1963/4226– (conforme a la cual «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia de incumplimiento –contractual–, sino que para que nazca y sea exigible requiere que se demuestre la realidad de haberse producido aquellos, correspondiendo la apreciación de su existencia al juzgador, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles») y de 26 de junio de 1963 –RJ 1963/3671– (donde nuestro alto tribunal establece que «para que surja el deber de indemnizar se requiere la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina»).

⁶⁸ A falta de normas sobre la determinación, sobre la cuantificación del daño en la LC debemos acudir a la norma correspondiente en el C.c. que hace referencia a la expresión daños y perjuicios; en concreto, a los artículos 1.106 y 1.107 de este texto normativo. En concreto, el primero de estos preceptos describe el daño emergente y el lucro cesante como componentes del resarcimiento del daño. Por su parte, el artículo 1.107 del C.c. señala que en último caso la apreciación del daño indemnizable es una cuestión de hecho atribuida a la facultad discrecional del juzgador.

⁶⁹ Aunque el artículo 36.1 de la LC no alude a la masa «activa» del concurso, así se deduce de la lectura conjunta del precepto. El artículo 76 de la LC establece que constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso así como los que se reintegren o se adquieran hasta la finalización del procedimiento. Consiguientemente, esos bienes y derechos son los que sufren los daños derivados de los actos y omisiones de los administradores concursales contrarios a la ley o realizados sin la diligencia debida.

Para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por daños a la masa «activa» del concurso es necesario que la actuación de los administradores concursales perjudique a cualquiera de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, así como los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC). En cambio no será posible el ejercicio de esta acción cuando el daño irrogado por la actuación de los administradores concursales haya acaecido sobre los bienes del deudor legalmente inembargables (art. 76.2 LC), o sobre los bienes de propiedad ajena que, encontrándose en poder del concursado al tiempo de declararse el concurso, hubieran sido ocupados por la administración concursal pero deban ser devueltos a los legítimos titulares, a solicitud de estos (art. 80.1 LC) ⁷⁰.

Pero, ¿en qué consiste el daño o el perjuicio causado por los administradores concursales? ⁷¹ Esencialmente, en lo mismo que el causado por un tercero a la masa. No existe una noción legal de daño o perjuicio específica que distinga los causados por los administradores concursales respecto del concepto general de daños y perjuicios en la responsabilidad civil. Así, el daño causado sobre la masa puede consistir en la disminución del valor del activo (esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando se pierda o deteriore algún elemento integrante de la masa como consecuencia de no haber adoptado los administradores concursales las medidas de conservación necesarias), en la falta de incremento del activo, o en un incremento menor del posible (por ejemplo, cuando se omita el cobro de algún crédito o el ejercicio de una acción de reintegración de la masa; o cuando se vendan bienes de la masa a un precio inferior al que podría haberse obtenido) o en el incremento del pasivo (por ejemplo, cuando se contraigan indebidamente nuevas obligaciones de la masa; cuando se incluya un crédito en la lista con un importe superior al que corresponda, o cuando se reconozca un crédito como crédito concursal sin serlo) ⁷².

El alcance del daño indemnizable por los administradores concursales a la masa se mide por lo dispuesto por el artículo 1.106 del C.c. que establece que «la indemnización de los daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia

⁷⁰ En estos casos no surge la responsabilidad por daños a la masa sino por daños al deudor o a terceros, respectivamente (art. 36.7 LC).

⁷¹ Existe gran diversidad de matices que impiden una fórmula general que abarque el concepto de «daño». Así, se ha mantenido que el «daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o patrimonio» (LARENZ, K., «Derecho de obligaciones», cit., pág. 193). Desde una perspectiva contractual, a los efectos del artículo 1.106 del C.c., el daño se ha definido como la cifra de la *utilitas* que falta o la *utilitas* que se deja de obtener como consecuencia de la conducta ilícita del deudor (en este sentido, CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.106 C.c.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO, M.), t. XV, 1.º, Madrid, págs. 670 y ss.). En el marco de la teoría de la diferencia, se ha definido el daño como «una efectiva disminución del patrimonio, consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiese producido el hecho en que se funda la acción de indemnización (*id quod interest*)» (así, GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R. «Comentario...», cit., II, pág. 162; concepto que ha sido acogido, entre otros, por DÍAZ ECHEGARAY, «La responsabilidad...», cit., pág. 289). En otras ocasiones se ha definido el daño patrimonial como «el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales» (así lo entiende VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., pág. 226; esta definición se debe a la denominada teoría del daño concreto, sobre la que hacen hincapié DIEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., págs. 312-314; VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., págs. 226-227; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil...», cit., págs. 149 y ss.). Otro sector doctrinal, representante de la denominada teoría del daño normativo, ha defendido que para que una lesión sea considerada técnicamente daño debe cumplir con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley (sobre esta teoría, *vid.* VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., págs. 226-227).

⁷² JUAN Y MATEO, F., «Artículo 36», cit., pág. 731.

que haya dejado de obtener el acreedor (...)). Es decir, al margen de las dificultades inherentes a la hora de precisar y acreditar la extensión del perjuicio en su aspecto de daño emergente⁷³ y lucro cesante⁷⁴, o la cuantificación económica del daño moral⁷⁵, parece evidente, que todas esas categorías se encuentran comprendidas en la responsabilidad civil de los administradores concursales⁷⁶.

Ahora bien, causado un daño por los administradores concursales, cabe preguntarse si existe algún factor que disminuya la obligación resarcitoria. Entre los factores que, en general, disminuyen esa obligación⁷⁷, nos interesa conocer si la masa debe deducir del daño resarcible las ventajas que los administradores concursales les ha reportado. Esta materia de la compensación de las pérdidas con las utilidades, tradicionalmente expuesta bajo la clásica aporía *compensatio lucri cum damno*⁷⁸, presenta algunos perfiles específicos en los daños causados por los administradores concursales a la masa.

En general, se admite la compensación de las ventajas o utilidades obtenidas por el perjudicado, en nuestro caso, la masa activa del concurso, con los daños sufridos, en los casos en que esos

⁷³ El daño emergente comprende «las pérdidas efectivamente sufridas» (DÍEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 323; por su parte la STS de 28 de noviembre de 1983 –RJ 1983/6681–, habla de «pérdida efectivamente sufrida, efectiva y conocida»), la «real disminución del patrimonio» (*vid.*, en este último sentido, CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.106 C.c.», cit., págs. 676 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», II, cit., págs. 685-686).

⁷⁴ Por lucro cesante debemos entender el incremento del activo que la masa deja de obtener a resultados del incumplimiento de los administradores concursales. El término de lucro cesante es de muy difícil concreción (en este sentido, resultan muy reveladoras, las palabras de FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, págs. 43, 44 y 45, a las que nos remitimos). Su estimación exige una operación intelectual que implica juicios de valor y que generalmente exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido (en este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Comentarios al artículo 1.106 C.c.», cit., pág. 50). La jurisprudencia ha usado un criterio muy restrictivo para enjuiciar la existencia de un lucro cesante indemnizable. Ha definido el lucro cesante o ganancias frustradas como «la posibilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, no bastando, por tanto, que se funden en meras esperanzas» (STS de 26 de junio de 1998 –RJ. 1998/5019–). En otra resolución se ha mantenido que «solo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así» (STS de 5 de noviembre de 1998 –RJ 1998/8404–). La definición del lucro cesante indemnizable como «la posibilidad objetiva de la obtención de lucro» se contiene en las SSTs de 23 de febrero de 1973 –RJ 1973/538–; 16 de mayo de 1969, 1969/2598 –RJ 1964/2343–; 13 de julio de 1945 –RJ 1945/975–.

⁷⁵ El daño moral no tiene acogida en las normas que regulan específicamente la responsabilidad de los administradores concursales. Tampoco la tiene, con carácter general, en el artículo 1.902 del C.c., ni en los artículos 1.101 y 1.106 del C.c. Sin embargo, la admisión del daño moral como indemnizable es tradicional en la jurisprudencia española desde la STS de 6 de diciembre de 1912. También la doctrina ha admitido que el daño moral debe indemnizarse (así, entre otros, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1.902 C.c.», cit., pág. 1992; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil...», cit., págs. 162 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 324; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.902 C.c.», cit., pág. 389 y ss). Sobre los daños morales contractuales *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», cit., págs. 687-688; IZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil...», cit., págs. 228-230.

⁷⁶ Un criterio de delimitación del daño indemnizable por los administradores concursales a la masa lo constituye el contenido del artículo 1.107 del C.c., que distingue según el deudor, en nuestro caso el administrador concursal, sea de buena fe (según CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.106 C.c.», cit., pág. 724, el deudor de buena fe es el que incumple por negligencia y el que asumió el caso fortuito) o doloso. El dolo intensifica la responsabilidad del administrador concursal.

⁷⁷ En general, sobre las deducciones del daño resarcible, *vid.* CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.106 C.c.», cit., págs. 689 y ss.

⁷⁸ CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.106 C.c.», cit., pág. 689. Esta compensación se admite por un importante sector de la doctrina; *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 319; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil...», cit., I, cit., págs. 275 y ss.; VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., págs. 282-284. Por su parte, IZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil...», cit., pág. 498, se muestra crítico con la regla de la compensación de los lucros con los daños causados.

daños y lucros tengan un origen común y estén causalmente conectados⁷⁹. Bajo este planteamiento subyace el principio de que el daño real efectivamente sufrido debe indemnizarse íntegramente y, consiguientemente, el perjudicado no puede enriquecerse a resultas del daño. La compensación de los lucros con los daños viene por la vía de la liquidación neta del daño. Deben ser los Tribunales quienes, mediante una operación implícita o explícita, calculen el importe neto del daño, una vez deducidas las partidas de los lucros obtenidos de ese mismo acto dañoso.

Concretamente, con relación a los administradores concursales, la *compensatio lucri cum damno* se plantea respecto de los daños causados por estos a la masa por un comportamiento ilícito y las ventajas que estos le reportan con otros comportamientos suyos, ya sean del mismo tipo de los inicialmente dañosos, ya sean de otro distinto. También puede plantearse una cuestión semejante respecto de los daños causados por un comportamiento puntual de los administradores concursales y las ventajas que estos, en el desempeño de su cargo, han reportado a la masa, considerado como en su totalidad.

A nuestro juicio, las ventajas que la masa obtiene son consecuencia del ejercicio de su cargo por los administradores concursales, y, por tanto, debidas por estos. En este supuesto, la compensación no procede porque las ventajas obtenidas por la masa son debidas por los administradores concursales, que tienen por obligación la gestión y defensa de los intereses del concurso⁸⁰. Las ventajas pertenecen *iure proprio* a la masa. Los administradores concursales no actúan para sí, sino en cumplimiento de la obligación que han asumido de actuar en defensa de los intereses del concurso.

Al margen de la cuestión anterior, es posible que el derecho de crédito de la masa a obtener una indemnización sea compensable, en sentido técnico, con otra deuda que esta tuviera recíprocamente con sus administradores concursales⁸¹. En el caso de que los administradores sean condenados por los actos u omisiones causados a la masa concursal estarán obligados a indemnizar en los términos fijados en la sentencia. Si son condenados durante el concurso, la indemnización consistirá en un crédito a favor de la masa, que podrá compensarse, si se cumplen los presupuestos del artículo 1.196 del C.c., con los créditos contra la masa de que fueran titulares los administradores concursales condenados⁸², pero no con los créditos concursales de que fueran titulares los administradores concursales acreedores. En cambio, si la condena se produce una vez concluido el concurso, la indemnización será un crédito del deudor, cuyo nacimiento significa la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (arts. 178 y ss. LC).

En cualquier caso, por la índole propia de la actividad de los administradores concursales, los daños causados a la masa pueden ser cuantiosos; señaladamente, aquellos daños causados por los actos y omisiones contrarios a ley o realizados sin la debida diligencia. La enorme cuantía del daño tiene tres efectos perniciosos para la función de la responsabilidad civil de los administradores concursales. Primero, el patrimonio de estos puede ser insuficiente para satisfacer el montante total de

⁷⁹ En este sentido, *vid.*, entre otros, DIEZ-PICAZO, L., «Derecho de daños», cit., pág. 320; VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., pág. 263.

⁸⁰ En este sentido, con carácter general, CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.106 C.c.», cit., pág. 693.

⁸¹ En estos casos, se aplicará el régimen jurídico del instituto de la compensación, previsto en el artículo 1.195 y siguientes del C.c.

⁸² Por ejemplo, el crédito a la retribución a que se refiere el artículo 34.1 de la LC.

la indemnización impuesta (art. 1.911 C.c.). Se relativiza, pues, la función compensatoria que tiene la institución de la responsabilidad civil. Segundo, y consecuencia del efecto anterior, la exposición de los administradores concursales a indemnizaciones de enorme cuantía es un factor que disuade a las personas más preparadas a asumir ese cargo. Tercero, puede conducir a un ineficiente conservadurismo de los administradores concursales en el desempeño de sus funciones. Por estas circunstancias, la enorme cuantía de los daños que la masa puede sufrir a consecuencia del comportamiento antijurídico de los administradores concursales, debe llevar a los tribunales a hacer uso de sus facultades moderadoras, mediante los criterios orientativos previstos en los artículos 1.103 y 1.107 del C.c.

El daño o perjuicio ocasionado con la actuación de los administradores tiene que ser probado, sin que quepa alegar daños hipotéticos ni producidos sin prueba de la posibilidad de su realización. La falta del daño o, más exactamente, de su prueba, representará motivo de desestimación de la demanda y, consecuentemente, de los eventuales recursos de apelación y casación. No se puede dejar para ejecución de sentencia la prueba de su existencia, solo su cuantificación.

1.5. El nexa causal.

El último presupuesto para que derive la responsabilidad de los administradores concursales es la existencia de un nexa causal entre los actos u omisiones de estos –contrarios a la ley, realizados sin la diligencia debida– y el daño causado a la masa. Luego no es suficiente el acto ilícito de los administradores concursales, ni la producción de un daño a la masa concursal, sino que es necesario que el segundo sea consecuencia del primero, que exista entre uno y otro una relación de causa a efecto. Dicho de otro modo, para que surja la obligación de reparación de los administradores concursales su actuación debe ser la causa de producción del resultado dañoso⁸³; es decir, la acción u omisión de los administradores concursales y el daño han de estar causalmente relacionados.

La LC no hace una referencia explícita al problema de la causalidad de la acción u omisión de los administradores concursales, y por ello, para dilucidar esta cuestión habremos de remitirnos a las normas de aplicación subsidiarias contenidas en el C.c., en particular en el artículo 1.107 del C.c.⁸⁴, que además de hacer referencia a la previsibilidad de los daños, también se refiere a la causalidad: daños que sean «consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento»⁸⁵. La extensión del daño se une con la

⁸³ Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente respecto de que exista relación de causalidad en toda relación de responsabilidad civil [vid., SSTs de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990/681), 3 de abril de 1990 (RJ 1990/2690) y 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/228)].

⁸⁴ Sobre la aplicación de los principios generales del Derecho civil en materia de responsabilidad de los administradores sociales y sus problemas, resulta especialmente interesante, en sede concursal, tener presente las obras de SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores», cit., pág. 916; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores», cit., págs. 687-688; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los Administradores...», cit., págs. 230-231.

⁸⁵ Para una amplia recopilación de la doctrina jurisprudencial sobre esta norma vid. GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R., «Comentario...», cit., II, pág. 163. Entre las diferentes teorías que tratan de explicar la relación causal entre el acto culposo y el daño se destacan la de la equivalencia de las condiciones y la de la adecuación. Conforme con la primera, se considera como «causa» toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que este no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado. Los defensores de esta postura estiman que la condición debe representar una *conditio sine*

causa de imputación: para los deudores de buena fe (los administradores concursales negligentes), la responsabilidad se limita a los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación», y, en caso de dolo a «todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento»⁸⁶. Luego el hecho dañoso tiene que ser consecuencia de la conducta ilícita del administrador concursal. De ahí que sea necesario examinar con extremo cuidado los supuestos en que concurran varias causas que contribuyan a la producción de un mismo daño lesivo a la masa concursal.

Los problemas inherentes a este requisito se agudizan por el ámbito en que se desarrolla la tarea de administración concursal: un entorno afectado por multitud de factores condicionantes y muy cambiantes, al margen de la propia conducta de los administradores concursales. Como se ha apuntado, en ocasiones, la relación de causalidad puede manifestarse de forma directa y clara (por ejemplo, si el administrador se apropia de cantidades pertenecientes a la masa concursal), pero en otros supuestos, se complica, ocasionándose toda una concatenación de acontecimientos. Muy frecuentemente va a resultar difícil referir el daño a un único acto siendo lo usual que concurran diversas causas en su producción. Este hecho se puede complicar ante la posibilidad de que se produzca la concurrencia de la actuación de los administradores concursales con otros hechos externos (v. gr. conducta del deudor antes de la declaración del concurso, actuación de los administradores concursales anteriores, etc.) y por la pluralidad de intervinientes en la tarea de administración concursal. A ello habría que añadir los casos en los que estos hechos vienen a agravar las consecuencias dañosas⁸⁷. En esos supuestos, será el juzgador el que deberá ponderar los diferentes factores intervinientes, actos de los administradores y hechos externos, y resolver teniendo en cuenta que conforme al artículo 1.107 del C.c. el administrador responderá únicamente del daño que sea «consecuencia necesaria» de su actuación, salvo que medie dolo, en cuyo caso se agrava la responsabilidad y responderá de los que «conocidamente se deriven» de aquella⁸⁸. El juez deberá tener en cuenta estos factores y el peso y la influencia de la propia conducta de los administradores concursales a la hora de moderar el *quantum* indemnizatorio. Se trata de una tarea ardua y difícil, que debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el caso concreto, para lo que es muy difícil señalar reglas generales; es decir, únicamente ponderando un caso concreto puede conocerse qué daños son «consecuencia necesaria» o, en su caso, «conocidamente se deriven» de la actuación del administrador⁸⁹.

qua non para la producción del resultado dañoso. Conforme a la segunda teoría, lo único a tener en cuenta es la aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada. Para esta doctrina la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo; *vid.*, sobre estas cuestiones, entre otros, SANTOS BRITZ, J., «La responsabilidad civil...», cit., pág. 212 y ss.; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, pág. 243 y ss.

⁸⁶ GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R., «Comentario...», cit., II, págs. 163 y 166; FONT RIBAS, «La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coord. GALÁN CORONA, E./GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), Madrid, 1999, pág. 113.

⁸⁷ Sobre este particular *vid.* SANTOS BRITZ, J., «La responsabilidad civil...», cit., págs. 223 y ss, y 263 y ss.

⁸⁸ En este mismo sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L. «Deberes y Responsabilidades de los Administradores...», cit., pág. 2.004, respecto de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas.

⁸⁹ Un supuesto de concurrencia de culpas sería aquel en que un administrador concursal de reciente elección no denuncia e intenta remediar en lo posible las irregularidades cometidas por los que le han precedido en el cargo. En este supuesto, la responsabilidad del nuevo administrador concursal tiene su origen en la violación de los deberes de diligencia y vigilancia del nuevo administrador. Esta responsabilidad no desaparece por la simple dimisión del nuevo administrador entrante, resultando necesaria la denuncia y actuación adecuada para evitar o, al menos, aminorar en lo posible los daños causados (sobre la hipótesis planteada, en sede societaria, *vid.* BONELLI, «La responsabilità degli amministratori di s.p.a.: giurisprudenza attuale e prospettive», *Giur. Comm.*, I, 1986, págs. 58 y ss). Una hipótesis distinta de concurrencia de

2. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

2.1. Determinación de la culpabilidad.

La existencia de un órgano pluripersonal de administración concursal plantea el problema de cómo debe acomodarse el principio de culpa personal, como presupuesto de la responsabilidad, y el carácter colectivo del órgano, dificultando la determinación de la culpabilidad⁹⁰. Pues bien, una de las novedades introducidas por la LC es el reconocimiento legislativo de la responsabilidad solidaria de la administración concursal en los apartados 2.º y 3.º del artículo 36 de la LC⁹¹. Este precepto será de aplicación, lógicamente, siempre que la administración concursal sea pluripersonal, tanto en el supuesto en que el órgano esté integrado por tres personas y actúe colegiadamente (art. 35.2 LC), en cuyo caso actuarán mediante la adopción de acuerdos con arreglo al principio de mayoría⁹² (en estas situaciones el voto afirmativo de dos administradores da validez al acuerdo o proposición de la administración concursal) como en el caso extraordinario en que dos administradores concursales actúen mancomunadamente (art. 35.3 LC)⁹³, quedando al margen de esta norma el supuesto de administración concursal unipersonal (arts. 27.2.3.º y 191.2 LC).

culpas es aquella que se produce cuando iniciado el hecho lesivo por los administradores concursales salientes, al mismo vienen a unirse nuevas acciones u omisiones perjudiciales de los administradores entrantes. La cuestión habrá de ser resuelta mediante una valoración del supuesto de hecho para determinar la causa real del daño. Los administradores concursales posteriores no responden de los daños producidos por los anteriores, pero si iniciada una serie causal por administradores anteriores, a ella se viene a añadir otra en virtud de la acción o de la omisión de la diligencia exigida por parte de los administradores sucesivos, la responsabilidad puede alcanzar a todos los administradores.

⁹⁰ En estos casos cabe preguntarse, en primer lugar, si es preciso acreditar la culpabilidad de todos y cada uno de los administradores concursales que hayan participado en el comportamiento culpable o si es suficiente con demostrar la culpa del órgano en su conjunto y, en segundo término, cómo responderán, es decir, si lo harán de forma mancomunada o solidaria. El presupuesto del que se parte para la imputación de la responsabilidad solidaria es la existencia de una pluralidad de personas en el órgano de administración concursal (en cuyo caso el ejercicio lo es de forma colegiada) o solo dos de ellos (actuación mancomunada de los administradores). Quedan fuera de este presupuesto el caso de administrador único (art. 27.2.3.º LC), ya que faltaría el requisito antes citado.

⁹¹ La responsabilidad solidaria de los síndicos, aparecía ya en el Anteproyecto de Ley Concurso de Acreedores de 1959. Posteriormente, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal (art. 41.2) se refiere expresamente a la responsabilidad solidaria de los síndicos e interventores.

Con la regla de la solidaridad nuestro legislador concursal se separa, en este punto, de la regla general contraria, impuesta en el artículo 1.137 del C.c. La jurisprudencia ha jugado un papel decisivo en el sentido de establecer la solidaridad en los supuestos de indemnización de daños extracontractuales en los que respondan varios sujetos, sin que sea posible cuantificar el grado de participación de cada uno de ellos en la causación del daño; cfr. SSTS de 28 de mayo de 1990 (RJ. 1990/4091); 17 de diciembre de 1990 (RJ. 1990/7977); 19 de mayo de 1993 (RJ. 1993/3803); 1 de marzo de 1996 (RJ. 1996/1988); 17 de octubre de 1996 (RJ. 1996/7115); 12 de diciembre de 1996 (RJ. 1996/8976); 3 de septiembre de 1997 (RJ. 1997/6382); 18 de diciembre de 1997 (RJ. 1997/9102); 29 de junio de 1998 (RJ. 1998/5284); 6 de marzo de 1999 (RJ. 1999/2246); 26 de julio de 2000 (RJ. 2000/9178).

⁹² A falta de otra indicación al respecto, esta mayoría habrá de ser absoluta. Luego, para que la propuesta sometida a votación sea aprobada, los votos a favor deberán ser más que los votos en contra, las abstenciones y los votos nulos. Al estar integrado el órgano de administración concursal, como regla general de tres miembros, serán necesarios los votos favorables de, al menos, dos administradores concursales.

⁹³ El legislador consciente del funcionamiento perturbador que en ocasiones se esconde tras el principio de mayoría (sobre todo en un ámbito tan especializado como el concursal, donde los administradores concursales pueden no contar con los conocimientos técnicos precisos para emitir su voto en un sentido u otro), ha relativizado la regla del «dos contra uno», disponiendo que en caso de no poder adoptarse un acuerdo decidirá el juez sin ulterior recurso ni posibilidad de interponer incidente concursal.

De esta manera el legislador establece una presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores concursales⁹⁴; supone que todos ellos han concurrido a la realización del acto o acuerdo lesivo, lo que deberá ser desvirtuado por aquel que pretenda demostrar no haber intervenido (art. 36.2 LC)⁹⁵. Luego, de conformidad con los principios generales sobre la solidaridad pasiva, en el plano externo el actor de la acción de responsabilidad por daños a la masa puede dirigirse contra cualquiera, varios o todos los administradores concursales, tanto simultánea como sucesivamente (*ius variandi*), hasta lograr la satisfacción o reparación total del perjuicio causado (art. 1.144 C.c.), puesto que cada uno de los administradores concursales responderán del total de la deuda indemnizatoria⁹⁶, al margen de que en el plano interno, el administrador concursal que haya pagado podrá reclamar a los otros la parte que corresponda a cada uno (art. 1.145 C.c.) dependiendo del grado de culpa, de tal modo que el reparto sea proporcional a la influencia en la causación del daño.

Con este sistema se facilita al actor el ejercicio de la acción de responsabilidad al evitar que tengan que probar la culpa de todos y cada uno de los administradores concursales⁹⁷. No obstante,

⁹⁴ RODRÍGUEZ-ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores», en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989, pág. 145; POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., págs. 300-301; ARANGUREN URRIZA, F. J., «Los órganos de la sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (dir. GARRIDO DE PALMA, V.M./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C./ARANGUREN URRIZA, F.J./MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.A./GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J.), Madrid, 1990, pág. 495; GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de sociedades*, Madrid, 1991, pág. 85; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «Deberes y Responsabilidad de los Administradores...», cit., págs. 243-244.

⁹⁵ *Vid.*, sobre este particular en sede societaria, respecto de la responsabilidad solidaria del órgano de administración a que se refiere el artículo 133 de la LSA, SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 145. Téngase en cuenta que con el artículo 36 de la LC se ha realizado una inversión de la carga de la prueba. No hay solidaridad en el nacimiento de la responsabilidad, sino presunción de culpa colectiva; *vid.*, en esta línea, POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., pág. 300; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos de la sociedad anónima...», cit., pág. 145; GARRETA SUCH, J.M., «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores...», cit., pág. 85; LOJENDIO OSBORNE, I., «Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación de balance», *RDM*, 1976, pág. 284; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «Deberes y Responsabilidad de los Administradores...», cit., pág. 95; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 691, quienes resaltan que la solidaridad implica la presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores y supone, por tanto, una inversión de la carga de la prueba respecto de dicho presupuesto de responsabilidad.

⁹⁶ Es decir, para conocer las consecuencias que deben extraerse de la solidaridad establecida en el artículo 36.2 de la LC hay que acudir al C.c. que dedica a este tipo de obligaciones los artículos 1.137 y 1.144 y ss. Tales normas, en cuanto regulan la solidaridad de los deudores, habrán de ser aplicadas a los administradores concursales que resulten responsables. Por aplicación de la normas sobre solidaridad pasiva, cada uno de los administradores concursales responderá del total importe de la indemnización acordada como compensación por el daño causado. Con ello se logra la mejor defensa de los intereses de la sociedad. Téngase en cuenta, además, que conforme dispone el artículo 1.144 del C.c. las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo [cfr. SSTs de 22 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4781); 19 de enero de 1988 (RJ. 1988/126); 20 de junio de 1994 (RJ. 6025)]. Como es obvio, el pago realizado por uno de los administradores del total de la indemnización acordada extingue la obligación de todos ellos por aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.145 del C.c. [cfr. STS de 27 de febrero de 1997 (RJ. 1997/1333)]. Ahora bien, en el plano de las relaciones internas entre los administradores concursales responsables, conforme se deduce del artículo 1.145 del C.c., aquel que haya satisfecho el importe de la indemnización podrá reclamar de los restantes la parte que a cada uno corresponda, más los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por la insolvencia por cualquiera de los responsables será suplida a prorrata por los restantes.

⁹⁷ Dicho de otro modo, la solidaridad en la culpa que establece el artículo 36 de la LC no supone una inversión en la carga de la prueba en el sentido de que quien ejercita la acción no tenga que probar la existencia de culpa, sino que demostrada la de la administración concursal en su conjunto, no tiene que acreditar, además, la culpa de cada administrador, sino que se presume; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 923; ARANGUREN

no estamos queriendo decir con ello que el sistema de responsabilidad solidaria suponga atribuir responsabilidad colectiva al órgano de administración concursal, ya que la responsabilidad dimanante es personal de cada miembro que ha actuado sin la diligencia debida, ocasionando el daño ⁹⁸, pues cualquiera de ellos puede exonerarse de su responsabilidad si cumple los requisitos legales previstos en el artículo 36.2 de la LC.

2.2. La carga de la prueba.

Todos los presupuestos de responsabilidad que hemos apuntado (el daño, la culpa y el nexo causal) deben concurrir para que surja la responsabilidad de los administradores concursales. Estos presupuestos deben ser probados en el proceso por quien los alegue de tal modo que permita acreditar, para que pueda declararse la responsabilidad de aquellos, que la masa concursal ha sufrido un daño y que este ha sido consecuencia del acto u omisión lesivo de los administradores. Los problemas pueden surgir sobre todo a la hora de acreditar que los administradores concursales han actuado sin la debida diligencia, ya que la prueba de los actos y omisiones contrarios a la ley no encontrarán más inconvenientes que los habituales en los procesos sobre reclamación de responsabilidad.

Hasta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la norma general sobre la carga de la prueba de las obligaciones era el artículo 1.214 del C.c. ⁹⁹, que la imponía al que reclamaba su cumplimiento ¹⁰⁰. Actualmente, el artículo 217 de esta ley es el encargado de regular la distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, conforme al cual, y en la línea del derogado artículo 1.214 del C.c., corresponde al actor acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación. Es decir, quien pretenda ejercitar la acción debe probar todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores concursales. Ahora bien, nuestro legislador, consciente de la dificultad con la que se puede encontrar el actor de una acción de responsabilidad de esta naturaleza para acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación, ha introducido, en el número 5 del artículo 217 de la LEC, como novedad destacable, el deber del juzgador de tener en cuenta la dificultad que el actor puede encontrar para lograr la documentación que, en muchos casos, se encontrará en poder de los propios administradores concursales contra los que se dirige la acción.

En los supuestos de culpa contractual el demandante únicamente tiene que acreditar el incumplimiento de la obligación y el daño que de ella se deriva, resultando más fácil la obligación del actor

URRIZA, F.J., «Los órganos de la sociedad anónima», cit., pág. 522; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos de la sociedad anónima...», cit., pág. 145; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad civil de los Administradores...», cit., pág. 250; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «Deberes y responsabilidades de los Administradores...», cit., pág. 241.

⁹⁸ Así, entre otros, en sede societaria, GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J./URÍA, R., «Comentario...», cit., II, pág. 170; POLO DÍEZ, A., *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Barcelona, 1965, pág. 176; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, pág. 295; GARRETA SUCH, J.M., «La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», *RJC*, 1981, pág. 60; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., «Artículo 36», cit., pág. 337.

⁹⁹ Esta norma ha sido derogada por la disposición derogatoria única, párrafo segundo, núm. 1, de la LEC.

¹⁰⁰ Conforme con este precepto la carga de la prueba de todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores concursales correspondería a quien pretendiese ejercitar la correspondiente acción (*incumbit probatio qui dicit non qui negat*).

de probar pretensión, de ahí que la onerosidad de la prueba puede ser menor si se logra la calificación de la responsabilidad de los administradores concursales como contractual. Ahora bien, esa facilitación de la prueba parte de la preexistencia de una obligación de contenido concreto y determinado, lo que sucede en los actos y omisiones contrarios a la ley pero no los realizados sin la debida diligencia. De este modo, las infracciones de la obligación de realizar una administración concursal diligente y ordenada, no puede beneficiarse de ese facilitamiento de la prueba, ya que esa obligación no es susceptible de concretarse *a priori*. Además, la obligación de los administradores concursales es una obligación de medios, no de resultado, lo que les exige emplear una diligencia idónea para conseguir una finalidad pero no un resultado concreto. En este caso, este dato es especialmente relevante en la carga de la prueba, ya que correspondería al actor probar que los administradores concursales no han empleado la diligencia exigida, a diferencia de lo que ocurría si se calificase la obligación de los administradores concursales como de resultado, donde serían estos los que deberían probar que la no obtención del resultado convenido se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

2.3. Exoneración de responsabilidad: prueba requerida para la exculpa individual.

Establecido el principio de solidaridad en la culpa, que supone una presunción de que esta se da respecto de todos los componentes del órgano de administración concursal que realizó el acto lesivo a la masa del concurso, el artículo 36.2 de la LC establece una cláusula –de exoneración individual de responsabilidad– para aquel administrador concursal «que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquel». Se trata de una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de los administradores concursales.

A nuestro juicio, dos son los defectos del precepto: su vinculación con la solidaridad y con la falta de uno de los presupuestos de la responsabilidad, la culpa. Por lo que se refiere al primero de ellos, nuestro legislador parece no haber tenido presente que cuando se aplica el procedimiento a que se refieren los artículos 190 y 191 de la LC, la administración concursal puede estar integrada por un único miembro (art. 27.2.3.º LC), y, consecuentemente, fuera de los supuestos de solidaridad; también el administrador único puede probar su falta de culpa y eludir de este modo la obligación de reparar el daño. En relación al segundo, no se puede olvidar que, conforme defendemos, la culpa representa únicamente uno de los requisitos necesarios para imputar la responsabilidad civil a los administradores concursales, junto con la existencia de conducta ilícita, voluntariedad en la conducta, el daño, el nexo de causalidad, etc., y que también es posible la prueba de la falta de alguno de esos presupuestos.

Esta exoneración de responsabilidad del administrador concursal perteneciente a un órgano colegiado se regula sobre la base de la exigencia de un doble requisito, uno general (que no haya «intervenido en la adopción» del acuerdo lesivo)¹⁰¹, y el otro variable (que el administrador desconociera la existencia del acuerdo; que conociéndola hiciera todo lo posible para evitar el daño; o que,

¹⁰¹ Si no se cumple esta exigencia, es decir, si el administrador ha intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, ya no cabe en ningún caso la exoneración de responsabilidad. Este requisito general representa, por consiguiente, una *conditio sine qua non* para lograr la exoneración.

al menos, se opusiera expresamente a aquel), cuya concurrencia en el supuesto concreto debe ser probada por el administrador concursal que pretenda ser exonerado de responsabilidad ¹⁰².

En relación con el requisito general de la falta de intervención en la adopción del acuerdo, entendemos que debe interpretarse en un sentido amplio que va desde la abstención o el voto en contra del acuerdo lesivo a la no intervención en su votación ¹⁰³. Siempre que no intervenga el administrador concursal directamente votando a favor de la propuesta del acuerdo lesivo, se debe entender cumplido este requisito ¹⁰⁴. El legislador no está pensando en la ausencia del administrador concursal de la reunión donde se adopta el acuerdo lesivo porque a la luz del artículo 35 de la LC resulta necesaria la presencia de los tres administradores para poder reunirse y adoptar acuerdos. Ahora bien, cabe pensar en el supuesto excepcional del funcionamiento transitorio de ese órgano con dos administradores concursales (por ejemplo, por la renuncia de un administrador concursal y en tanto se nombra a un tercer miembro). En esas circunstancias el administrador concursal que ha sido nombrado pero que aún no ha aceptado el cargo o bien lo ha aceptado pero la reunión donde se ha adoptado el acuerdo lesivo ya se había celebrado justo antes de la aceptación, no puede responder junto a los restantes miembros porque no intervino en la adopción del acuerdo o, porque, a todos los efectos legales, no era administrador concursal en ese momento.

Por otra parte, en relación con este requisito general, cabe llamar la atención sobre la circunstancia de que el artículo 36 de la LC se refiere exclusivamente a la «adopción» del acuerdo y no se pronuncia sobre su ejecución. Evidentemente, para que un acuerdo produzca lesión a la masa concursal debe ejecutarse porque la adopción *per se* no causa daño alguno y, consecuentemente, no puede, siquiera, plantearse la responsabilidad ni mucho menos su exoneración. Además, los administradores concursales tienen potestad para rectificar, modificar o suprimir un acuerdo por otro nuevo que no cause lesión alguna. Ahora bien, el problema surge si una vez adoptado el acuerdo potencialmente pernicioso a la masa concursal, uno de los administradores advierte esa circunstancia y pretende oponerse a su ejecución. Ante esta eventualidad si el acuerdo se ejecuta y como cabía de esperar

¹⁰² Un sector de la doctrina, al interpretar el artículo 133.2 de la LSA, que resulta perfectamente trasladable al ámbito concursal del artículo 36.2 de la LC, dada su similitud, defiende que la LSA en el artículo 133.2 de la LSA parte de una presunción *iuris tantum* de culpa y de una inversión del *onus probandi*, de modo que sobre el administrador que pretenda beneficiarse de la efectividad de dicha cláusula de exoneración recaerá la carga de la prueba de la no culpa (ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», cit., pág. 691; ARROYO MARTÍNEZ, I., «Artículo 133. Responsabilidad», cit., pág. 1.409; SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores...», cit., pág. 262-263; ESTEBAN VELASCO, G., voz, «Responsabilidad civil de los administradores», cit., pág. 5.914). En consecuencia, conforme con esta doctrina la cláusula del artículo 36.2 de la LC tendría la virtualidad de presumir la culpa en el supuesto de administración plural, bastando a quien ejerce la acción alegar el incumplimiento de las obligaciones que conciernen a los administradores concursales en relación con el acuerdo y el daño causado, debiendo demostrar el administrador demandado la falta de culpa. A nuestro juicio, no parece ser esa la interpretación más correcta ya que al demandante no le bastará alegar el incumplimiento de la obligación del administrador concursal, sino que deberá, además, convencer al juzgador de la existencia de ese incumplimiento. Dicho de otro modo, a nuestro juicio el actor debe probar el incumplimiento –material– o inexactitud objetiva, pues sobre él recae la carga de su prueba.

¹⁰³ En este mismo sentido, MORRAL SOLDEVILLA, R., «Artículo 36», en *Comentarios a la Ley Concursal*, (coords. SAGRERA TIZÓN, J.M.^º/SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A., Barcelona, 2004, pág. 409; ARANGUREN URRIZA, F. J., «Los órganos de la sociedad anónima», cit., pág. 521; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «Deberes y Responsabilidades de los Administradores», cit., pág. 245.

¹⁰⁴ GARRETA SUCH, J.M., «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores...», cit., pág. 86; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 11.ª ed., (revisión de MARTÍNEZ SANZ, F.), Madrid, 2002, pág. 273.

causa daños a la masa concursal sin que haya existido una oposición fehaciente del administrador concursal discrepante, no prosperará una supuesta exoneración de su responsabilidad. En cambio, antes de la ejecución del acuerdo el administrador concursal, ante la falta de una disciplina de impugnación de acuerdos, y al concurrir justa causa, únicamente tendrá como vía para exonerarse de su posible responsabilidad, derivada de los eventuales daños a la masa del concurso por el acuerdo en cuya adopción participó, intentar la separación *ex* artículo 37 de la LC, para lo que deberá manifestar su oposición de forma fehaciente, ante la imposibilidad de volver a adoptar un nuevo acuerdo o impugnar judicialmente la decisión.

Ahora bien, la falta de adopción del acuerdo lesivo no es suficiente para la exoneración de responsabilidad de los administradores concursales del artículo 36 de la LC. Es necesario cumplir un segundo requisito, de naturaleza variable, para cuyo cumplimiento el legislador da una triple alternativa, de modo que el cumplimiento de cualesquiera de ellos, junto con el requisito general, eximirá de responsabilidad al administrador concursal.

En primer lugar, el desconocimiento por el administrador concursal de la existencia del acuerdo debe ser anterior y posterior a este, extendiéndose hasta que nada pueda hacerse para evitar el daño, ya que en caso contrario vendrá obligado a hacer todo lo conveniente para evitar el daño o al menos oponerse expresamente a él ¹⁰⁵.

En segundo lugar, si el administrador, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, conoce su existencia, entonces viene obligado a hacer «todo lo conveniente para evitar el daño», si quiere exonerarse de responsabilidad; es decir, se le exige una actuación positiva tendente a evitar el daño ¹⁰⁶. La técnica genérica empleada por el legislador, en este punto, permite que pueda adaptarse a cada supuesto concreto, pero resulta complicado determinar en qué casos debe entenderse cumplida la exigencia de hacer todo lo conveniente para evitar el daño. Ello deberá descubrirse en cada caso concreto. Será el juzgador el que deba interpretar esta exigencia atendiendo a cada caso concreto, teniendo muy presentes las circunstancias particulares de la masa concursal y del administrador. Como regla general, la forma más idónea de impedir el daño será informar inmediatamente al juez del concurso, quien en virtud de los poderes de supervisión de la administración concursal que le confiere la ley (art. 35.6 LC) podrá tomar las medidas necesarias para evitar el perjuicio de la masa (por ejemplo, advertir a la administración concursal para que no ejecute el acuerdo y lo rectifique, o incluso separar del cargo al administrador o administradores concursales que hubieran promovido el acuerdo, de conformidad con el art. 37 LC) ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Resulta censurable que por la simple concurrencia de falta de intervención y desconocimiento del acuerdo el administrador resulte exonerado de responsabilidad, porque parece que se está primando al que se inhibe de sus obligaciones, no interviniendo en acuerdos que pueden ser de extraordinaria trascendencia para el devenir del procedimiento concursal en curso. Por ello, creemos que debió exigirse que la falta de intervención y el desconocimiento no fueran consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia a que viene obligado el administrador concursal en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰⁶ Sobre estas mismas consideraciones, aunque referidas al artículo 133 de la LSA, *vid.*, SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores...», cit., pág. 926; POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración...», cit., pág. 305; ARANGUREN URRIZA, F.J., «Los órganos de la sociedad anónima», cit., pág. 521.

¹⁰⁷ JUAN Y MATEO, F., «Artículo 36», cit., pág. 732.

Por último, el artículo 36.2 de la LC contempla como causa de exoneración, siempre que se dé el requisito de que no haya intervenido en la adopción del acuerdo, que al menos se haya opuesto a él ¹⁰⁸. Esta oposición expresa supone no solo que el administrador vota en contra del acuerdo, sino que además hace constar expresamente, de modo fehaciente su oposición; luego valdrían como actos contrarios a la adopción del acuerdo lesivo: la manifestación de las discrepancias frente a los administradores, votar en contra del acuerdo, denunciar el hecho a los posibles perjudicados o ante el juez competente ¹⁰⁹. Este tercer medio probatorio tipificado en la LC (art. 36.2 *in fine*), que exonera de responsabilidad civil, merece nuestro reproche porque permite al administrador concursal eximirse de responsabilidad con cierta facilidad, sin exigírsele que realice ninguna actividad tendente a evitar o cuando menos aminorar los daños causados.

Por su parte el artículo 36.3 de la LC hace responsables civiles solidarios junto con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de estos ¹¹⁰. El tenor literal de este precepto sigue la línea marcada en el artículo 1.903 del C.c. que regula la responsabilidad civil por hecho de otro, al margen de que el autor material del daño ocasionado responda directamente por aplicación del artículo 1.902 del C.c. Así, si se traslada el esquema del artículo 1.903 del C.c. al artículo 36.3 de la LC, los administradores concursales serán los responsables civiles a semejanza de cómo lo son los empresarios *ex* artículo 1.903.4 del C.c.; mientras que los que ocasionan directa o materialmente el daño serían los auxiliares delegados, quienes al ser propuestos por la administración concursal (art. 32.2 LC), podrán equipararse (se entiende que en sentido figurado) a los dependientes del artículo 1.903.4 del C.c. ¹¹¹

El criterio de imputación de responsabilidad es el mismo en las dos normas: la culpa. Como consecuencia, tanto el artículo 1.903 del C.c. como el artículo 36.3 de la LC establecen la misma excepción a la imputación de responsabilidad: el empleo de toda la diligencia para prevenir el daño. Además, creemos que la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que sirve de fundamento al sistema de responsabilidad aplicable *ex* artículo 1.903 del C.c., podría ser, en el ámbito del artículo 36.3 de la LC, la culpa consistente en la proposición por los administradores concursales de unos auxiliares delegados incompetentes (una especie de culpa *in eligendo*).

¹⁰⁸ Con este tercer supuesto se amplía notablemente las causas de exoneración, facilitando de manera muy notable la tarea del administrador de eximirse de responsabilidad, y mitigando de forma considerable el régimen de responsabilidad de los administradores concursales.

¹⁰⁹ *Id.*, los ejemplos citados por ARROYO MARTÍNEZ, I., «Artículo 133. Responsabilidad», cit., pág. 1.410; SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores...», cit., pág. 267.

¹¹⁰ El Derecho de quiebra y suspensiones de pago no contemplaba la figura de los auxiliares delegados de los órganos concursales, sin que por esto haya sido infrecuente su participación en la realidad concursal. En efecto, ha sido habitual que la sindicatura disponga de su propio abogado que, además, recomiende la contratación de otro abogado para ciertas acciones de reintegración de especial complejidad o como defensa frente a demandas de terceros (art. 1.368 LEC). También resulta necesario otorgar poderes a procuradores para actuar en juicio o fuera de él (art. 1.218.1 LEC, en relación con el art. 1.319). Dado que el montante de la masa activa puede depender de estas acciones judiciales, los gastos de estos profesionales se sufragan a cargo de la masa de la quiebra. El Tribunal Supremo ha interpretado la Ley de Suspensión de Pagos de igual forma, de manera que, aunque no se diga, es justificado que sean a cargo del patrimonio del suspenso los gastos de los pleitos que los interventores hayan de seguir para defender aquel patrimonio [*vid.*, STS de 2 de julio de 1984 (RJ 3787)].

¹¹¹ En la comparación de estos dos preceptos (arts. 1.903 C.c. y 36.3 LC) se observa un importante matiz diferenciador: mientras el artículo 36.3 de la LC coloca en un mismo nivel a administradores concursales y auxiliares delegados, imponiendo a ambos una responsabilidad solidaria por aplicación de un único precepto (el mismo art. 36.3 LC), el C.c. requiere la aplicación de dos preceptos formalmente distintos –aunque estrechamente ligados– para atribuir la responsabilidad civil a los sujetos en cuestión: el artículo 1.902 para responsabilizar al causante directo del daño y el artículo 1.903 para hacerlo en quien considera responsable indirecto por determinadas razones (laborales, familiares, etc.).