

EL DEBER DEL DEUDOR DE INICIAR EL CONCURSO

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Comentario al Código de Comercio venezolano
(cords. Morles/De Valera)

Caracas 2004

T. II, pp. 2035-2067

ISBN 980-6396-22-7

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

EL DEBER DEL DEUDOR DE INICIAR SU CONCURSO

Juan Sánchez-Calero Guilarte
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO:

I.-	INTRODUCCIÓN.....	4
II.-	EL ALCANCE DEL DEBER.....	8
	1. Finalidad del deber legal.....	8
	2. Los sujetos obligados.....	10
	2.1. Consideraciones generales.....	10
	2.2. Administradores y liquidadores.....	12
	a) El art. 262.2 LSA reformado.....	12
	b) El art. 105 LSRL y la necesaria intervención de la Junta general.....	15
	c) Los liquidadores.....	16
	2.3. La referencia a los otros legitimados por el art. 3 LC.....	18
	2.4. Administradores de hecho y solicitud de concurso.....	19
	2.5. La conducta preconcursal de los administradores en el caso de grupos dependientes de entidades de crédito.....	20
	a) Consideraciones generales a partir del deber de secreto.....	20
	b) La reacción ante el previsible incumplimiento de obligaciones frente a la entidad de crédito dominante.....	22
	a') Favorecimiento de la entidad dominante por medio de actos perjudiciales a la masa.....	23
	b') La exigencia de nuevas aportaciones del accionista dominante.....	24
	c') La responsabilidad de la entidad accionista por sus nuevas aportaciones.....	25
	3. La insolvencia inminente no da lugar al deber de iniciar el concurso.....	28
	4. Contenido del deber.....	28
III.-	EL ESTADO DE INSOLVENCIA Y SU CONOCIMIENTO.....	29
	1. La variedad de supuestos a considerar.....	29
	2. El conocimiento de la insolvencia de una sociedad.....	32
IV.-	LAS PRESUNCIONES DE CONOCIMIENTO DEL ESTADO DE INSOLVENCIA.....	36
V.-	EL PLAZO DE CUMPLIMIENTO DEL DEBER.....	40
VI.-	CONSECUENCIAS DE LA IGNORANCIA DEL DEBER DE INICIAR EL CONCURSO.....	42
	1. Preliminar.....	42
	2. Prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio.....	43
	3. Prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio.....	45
	4. La responsabilidad personal de los administradores.....	46

Estas páginas pretenden corresponder a la amable invitación del Profesor Alfredo Morles para participar en la obra conmemorativa del Centenario del Código de Comercio venezolano. Tal ocasión que se me brinda y que quiero agradecer en estas primeras líneas, lleva ineludiblemente a comparar la actualidad del Código venezolano con la situación en la que se encuentra el Código de Comercio español, caracterizado en los últimos decenios por una persistente descodificación que confía sus contenidos a leyes especiales de desigual importancia. Entre aquellas leyes que, sin duda, implican una de las más relevantes reformas de nuestro Derecho codificado se encuentra la operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), que no simplemente ha supuesto una actualización imprescindible de la materia y procedimiento concursales, sino que conlleva innovaciones radicales con respecto al sistema precedente¹.

Esta contribución pretende exponer de forma breve el significado de una de las novedades principales que se observan en la fase inicial del procedimiento concursal y, en particular, en relación con el llamado concurso voluntario. De acuerdo con la propia Ley, es concurso voluntario todo aquél que se ha iniciado como consecuencia de una solicitud presentada por el propio deudor (mientras que será considerado concurso necesario aquél cuya iniciación tuviera su origen en la solicitud de un acreedor). Se ha mantenido una clasificación y terminología tradicionales y acuñadas en el marco del procedimiento de quiebra regulado en el Código de Comercio español, que la LC viene a derogar. Sin embargo, se ha señalado la contradicción que subyace en el hecho de calificar como

voluntario un procedimiento que el deudor no sólo puede, sino que debe de iniciar conforme con el artículo 5.1 de la LC, que realiza una tajante declaración inicial al exigir que *“El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”*. A pesar de la rotundidad con que lo enuncia el citado precepto, el cumplimiento de ese deber no es sencillo, sobre todo si pensamos en el supuesto frecuente de sociedades mercantiles, en el que, a buen seguro, la aplicación de la nueva LC va a tener que ponderar variados supuestos e intereses.

I.- INTRODUCCIÓN.

a) El artículo 5 LC se integra en la disciplina del concurso voluntario, en directa relación con los demás preceptos que se ocupan del supuesto en el que es el propio deudor el primero o el único en solicitar del juez la correspondiente declaración concursal. Así al deudor se le impone una determinada conducta esencial en un doble sentido. Por la función determinante que el cumplimiento de ese deber cobra para el correcto -por oportuno- funcionamiento de la institución concursal y, además, por las trascendentales consecuencias que comparte la inobservancia de ese deber para el deudor y las personas vinculadas con él, a las que ese deber también alcanza.

b) La introducción de este deber de iniciación para el deudor ha llevado a distintos autores a abordar, como primera cuestión, la disparidad entre el modelo actual y el precedente. Se reitera el cambio que supone exigir del deudor la iniciación del concurso, que es un deber que la

¹ Precisamente por el alcance de la reforma operada, la Disposición final trigésimo quinta de la LC estableció que su entrada en vigor no tendría lugar hasta el 1 de septiembre de 2004.

ley impone ahora de manera tajante en el presente artículo, y el carácter voluntario que presentaba la iniciación de los procedimientos de insolvencia en las respectivas regulaciones de la quiebra y la suspensión de pagos². Mas la cuestión fundamental no es, en propiedad, que al deudor pueda o no exigírsele un comportamiento determinado en la iniciación del procedimiento, sino la coherencia de esa previsión con la concepción general que de la finalidad del concurso ha acogido la nueva Ley, que dista mucho de ser la que inspiraba los procedimientos que, en materia de insolvencia, el concurso viene a derogar.

Desde ese punto de vista sistemático, ha de analizarse, en primer lugar, la compatibilidad entre los términos en que al deudor se le impone el deber de iniciar ese procedimiento y aquellas otras previsiones de la LC que contemplan ese supuesto. En especial, la iniciación por el deudor del concurso se nos presenta ahora como un deber, después de analizar cómo el art. 2 LC introduce, en determinados apartados, una configuración facultativa de esa misma actuación.

c) A su vez, la legitimación que se reconoce al deudor se traslada, en el caso de personas jurídicas, a sus administradores o liquidadores, lo que obliga a analizar el cumplimiento de ese deber también con respecto a la legislación societaria u otra especial (p. e., la aplicable en los distintos mercados financieros) que resulte de aplicación. Junto a esa cuestión, ha de analizarse si el cumplimiento de ese deber es estimable a otros sujetos vinculados con el deudor e igualmente legitimados. Se trata, como es fácil

² La cuestión fue objeto de amplia discusión por doctrina y jurisprudencia, en especial, a la vista de la obligación que a todo comerciante imponía el art. 1017 CCo 1829 de ponerlo en conocimiento del juez competente *“dentro de los tres días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones”*: v. VILA FLORENSA, P., *“Artículo 5” en Nueva Ley Concursal* (Coords. SALA/MERCADAL/ALONSO-CUEVILLAS), Barcelona (2004), pp. 90 y 91; HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid (2004), p. 144 y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *“Artículo 5”*, en *Derecho Concursal Práctico* (Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Madrid (2004), pp. 37-38.

de adivinar, de los socios y demás sujetos que el art. 3.3 LC reconoce como legitimados para presentar la misma solicitud de declaración concursal. A las anteriores, se suma como cuestión no menos interesante la que apunta a la vinculación entre la existencia de un grupo y la iniciación del concurso cualquiera de sus filiales.

d) Estamos ante un deber que alcanza a cualquier deudor, sea o no comerciante, persona natural o jurídica. A pesar de ese alcance general, el propio precepto apunta de manera implícita a las personas jurídicas, al fijarse un plazo coincidente con el que enuncian determinadas leyes societarias. Es en el seno de las personas jurídicas en donde la operatividad de ese deber plantea una mayor complejidad, no sólo por determinar la responsabilidad de su cumplimiento (cuestión resuelta por la propia Ley concursal y esas mismas leyes especiales en ámbitos de diversa responsabilidad), sino por la influencia que a ese respecto tiene la mayor o menor complejidad de la estructura y actividad específicas de cada persona jurídica. Al propio tiempo, las referencias válidas para conocer o presumir el conocimiento de una situación de insolvencia varían de manera considerable en atención a la identidad del deudor.

e) Cuando referimos ese deber a las sociedades mercantiles y a su eventual concurso, reaparece en este punto la conexión entre el Derecho de la insolvencia y el régimen preconcursal. La insolvencia como estado actual y su reconocimiento por el propio deudor mediante la oportuna declaración judicial que declare su concurso constituyen, sin duda, materia esencial en la regulación concursal. Ahora bien, si se debe autorizar la exigibilidad de ese concurso a partir de la conducta previa del deudor, la cuestión nos encamina a aquellas disposiciones que dentro del régimen aplicable al tipo societario correspondiente, permitirán concluir si el deudor "*hubiera conocido o debido conocer*", según nos dice el art. 5.1 LC, su estado insolvente.

Nos encontramos en un ámbito en donde los Derechos concursal y societario son colindantes o, incluso, secantes, pero sin que ello autorice confundir el sentido que, en nuestra opinión, debe darse al art. 5 en el nuevo sistema. No estamos ante una norma preventiva. No se pretende que el deudor esté permanentemente tentado a exacerbar la interpretación legal del indicado deber y solicitar el concurso tan pronto como asome alguna incertidumbre sobre la viabilidad de su negocio o actividad. El art. 5.1 LC no es, a diferencia del art. 2.3 LC³, una norma preventiva. Los mecanismos que deben autorizar al deudor, o a sus gestores, anticipar una crisis han de permanecer y, en su caso, ser perfeccionados, dentro de nuestras leyes societarias⁴. El art. 5.1 LC no apunta a la prevención de una insolvencia futura, sino a la reacción ante una insolvencia actual. Por eso establece un deber y lo somete a un plazo preciso.

No precisa de gran justificación la previsión de la complejidad inherente a la aplicación del art. 5 LC y a la evaluación del cumplimiento de inobservancia del deber que establece. El estado de insolvencia es materia de naturaleza discutible con respecto a muy distintas circunstancias: su efectividad e irreversibilidad, sus causas, sus responsables, su determinación etc. El hecho de que el concurso se confíe ahora a jueces especializados⁵ permite confiar en su capacidad para

³ Este precepto introduce la posibilidad de iniciación del concurso por el deudor que considere que se encuentra en "estado de insolvencia inminente", esto es, aquel que permite prever "que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones".

⁴ V. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Los presupuestos de la declaración de concurso", en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid (2004), p. 86.

⁵ La reforma concursal se ha traducido también en una modificación esencial de la jurisdicción. La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, introdujo la figura de los Jueces de lo Mercantil, como órgano especializado para la tramitación, entre otras materias, de los concursos; v. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M.M., "Los Juzgados de lo Mercantil", en AA.VV., *Derecho concursal* (dirs. GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Madrid (2003), p. 161 y ss. y Díez-PICAZO, I., "Los Juzgados

valorar adecuadamente las expuestas y otras circunstancias singulares para decidir si se ha producido, o no, una infracción del deber que nos ocupa.

Pero junto a esas consideraciones, requerir del deudor que reconozca su insolvencia es una medida legislativa que, a buen seguro, no tardará en cuestionarse tan pronto como haya entrado en vigor la LC desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y, en concreto, a no verse obligado a desarrollar una conducta procesal que pueda ser esgrimida en contra de uno. Este lugar no permite profundizar en la compatibilidad entre el deber de iniciar el concurso y el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo que recoge el art. 24.2 de la Constitución Española. A la vista de la orientación adoptada hasta ahora por nuestra jurisprudencia constitucional al respecto, pienso que nuestros Tribunales optaran por afirmar esa compatibilidad, partiendo de que así como la vigencia de ese derecho fundamental es indiscutible en los procedimientos penales y, por extensión, en los procedimientos administrativos sancionadores, no lo allí donde se impone un deber de declaración o actuación al ciudadano orientados a la satisfacción de bienes jurídicos de interés general.

II.- ALCANCE DEL DEBER.

1. Finalidad del deber legal.

Al deudor se le exige una conducta concreta: solicitar la declaración de concurso en un determinado plazo a partir de su estado de insolvencia.

de lo Mercantil”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. ROJO), Madrid (2003), p. 131 y ss.

Esto significa que, una vez incluido en el grupo de los legalmente legitimados a esos efectos, al deudor se le impone un concreto comportamiento procesal, que pasa por presentar ante el juzgado competente la solicitud de iniciación de su concurso, que deberá ajustarse a lo previsto en el art. 6 LC. Pero además de una carga procesal, al deudor se le impone un deber que tiene un alcance mayor que el de ser el sujeto obligado a impulsar el procedimiento a partir de su propia insolvencia⁶. Alcance que se pone de manifiesto de manera especial en el régimen de determinadas sociedades mercantiles que, pensando en la protección de terceros, se refieren a ese mismo deber de solicitar el concurso y exigen su cumplimiento de los administradores sociales en términos aún más severos que los que resultan del art. 5 LC. Lo que nos conduce a abordar la explicación del sentido de la introducción de ese deber a cargo del deudor en la misma norma que, conforme a preceptos anteriores, configura esa misma circunstancia procesal como una facultad del deudor.

Esa contradicción se resuelve a partir de los términos de la Exposición de Motivos de la LC que nos explica el doble tratamiento que admite la solicitud de concurso por el deudor indicando que *“tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”*⁷. De esta forma, el criterio de la oportuna iniciación del concurso reaparece para explicar la formulación de un deber del deudor como una medida que enlaza con la finalidad esencial de todo concurso. La satisfacción de los acreedores requiere, sin duda, que tan pronto como se produzca la situación o estado de insolvencia, el patrimonio del deudor se vea

⁶ Sobre la naturaleza del deber de solicitar el concurso, v. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, “Artículo 5”, p. 37, nota 1.

⁷ V. el apartado II de la Exposición de Motivos.

sometido a un procedimiento de ejecución universal que atienda, fundamentalmente, al principio de paridad. Finalidad normativa a cuya efectividad queda especialmente obligado el deudor, una vez que el concurso ya no se caracteriza por la inspiración represiva presente, por ejemplo, en la quiebra, como tampoco por su consideración como un específico beneficio para determinados deudores.

“La iniciación del concurso debe evitar el deterioro del estado patrimonial del deudor que impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”, según precisa la misma Exposición de Motivos. Producida la insolvencia, la iniciación del proceso concursal ha de ser inmediata. El deudor, privilegiado conocedor en todo momento de su capacidad patrimonial y de su situación de liquidez, debe reaccionar ante esa situación en interés de sus acreedores, al margen de que la solicitud de concurso también puede favorecer sus propios intereses. Es la defensa de los intereses de los acreedores la que inspira la formulación de ese mismo deber de solicitar el concurso en las normas societarias. Dentro de éstas, la reducción del patrimonio en la medida allí establecida justifica que la sociedad acuerde su disolución y, al propio tiempo, que los administradores soliciten el concurso. Pero esta solicitud queda supeditada de manera indiscutible a que aquella reducción patrimonial constituya el presupuesto objetivo del concurso.

2. Los sujetos obligados

2.1. Consideraciones generales

En aquellos casos en los que el deudor no es una persona natural, la atribución a aquél del deber de solicitar el concurso exige decidir si tal

deber es exigible a personas concretas dentro de la estructura orgánica y representativa del deudor y, en tal caso, concretar su identidad.

Responder a la primera cuestión requiere tomar en cuenta que atribuir a determinados cargos o representantes un deber que la Ley atribuye a la persona jurídica que representan o dirigen supone trasladar sobre éstos las consecuencias derivadas de la inobservancia de ese deber. Pudiera argumentarse que una norma que impone un deber cuya violación conlleva severas consecuencias no debería ser objeto de una interpretación extensiva y llevarse más allá del sujeto específicamente designado. Mas tal alegación no es consistente. En primer lugar, por cuanto ya quedó señalado que no estamos ante la implantación de una mera carga procesal que se establece para el deudor, sino ante una disposición que, en sí misma y en su relación con otras del mismo capítulo de la LC, persigue un objetivo fundamental de la norma: la protección de los acreedores a través de la oportuna iniciación del concurso. Finalidad normativa que ha de primar en su interpretación (art. 3.1 LC). En segundo término, porque nos encontramos ante un deber que es exigible por igual al deudor o a quienes actúan como sus representantes. Desde un punto de vista sistemático, cobra especial significación lo dispuesto en el art. 165 LC al decir que constituye una de las presunciones de dolo o culpa grave el incumplimiento del deber que establece el art. 5.1 LC sea por *“el deudor o, en su caso, (por) sus representantes legales, administradores o liquidadores”*. Esto enlaza, finalmente, con el principio general concretado en diferentes normas especiales que atribuye a los representantes de la persona jurídica la responsabilidad personal por el cumplimiento de los deberes legales que a ésta se le hubieren impuesto.

2.2. Administradores y liquidadores.

El cumplimiento del deber de solicitar el concurso por administradores y liquidadores nos conduce, de nuevo, a la relación entre la Ley concursal y las disposiciones societarias que tratan esa misma cuestión. El tema, por su carácter fundamental, aflora en muchos preceptos de la LC y aquí no podemos detenernos en él. Nos limitaremos a precisar que el art. 5 LC viene a formular como regla general, la que ya venía siendo una regla especial aplicable a los administradores de sociedades a partir del art. 262 de la vigente LSA y de su muy amplia aplicación jurisprudencial, que han motivado su reforma por medio de las disposiciones finales de la LC.

Los administradores están obligados a solicitar el concurso de acuerdo con el art. 5.1 LC desde el momento en que conocieron la insolvencia o debieron haberla conocido. Pero en el caso de las sociedades de capital, la puesta en conexión de ese deber con los preceptos aplicables no es sencilla, sobre todo porque frente a la claridad de la formulación de la norma concursal, nos topamos en el plano societario con normas que se caracterizan por un inevitable casuismo que, en buena medida, se justifican por la necesidad de que ante una situación de insolvencia o conexas con ésta, la junta general tenga una determinada intervención.

a) El art. 262.2 LSA reformado

En su nueva formulación, el art. 262.2 LSA contiene distintas normas. La primera vincula la solicitud del concurso a la convocatoria de la junta que debe aprobar la disolución de la sociedad. Pero esa solicitud de concurso no es obligatoria, sino que se enuncia de manera facultativa y en relación con un supuesto complejo. Si la disolución viene determinada

por la existencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio social por debajo de la mitad del capital, los administradores podrán formular la solicitud cuando (i) el capital no se haya aumentado o reducido en la medida suficiente, y (ii) la reducción patrimonial determine la insolvencia de la sociedad conforme al art. 2 LC. La complejidad del supuesto examinado resulta, en especial, de la atribución a los administradores de una decisión cuyo presupuesto objetivo puede verse modificado por el acuerdo que adopte otro órgano. Potestad que, en buena parte, coincide con la atribución a los administradores de la competencia para decidir la presentación de la solicitud (v. art. 3.1, párrafo segundo LC).

De ahí que se les diga a los administradores que *podrán* solicitar el concurso, y no que deban hacerlo. Esa facultad sitúa a los administradores, sin embargo, en una posición comprometida, sobre todo si recordamos que son reconocidos como el órgano competente para solicitar el concurso (v. art. 3.1 LC). Si advierten una situación de insolvencia, deben solicitar la insolvencia. Pero si ésta viene causada por una reducción del patrimonio y una pérdida de su correspondencia con el capital social, la recuperación de los fondos propios y la superación consiguiente de la situación de insolvencia sólo pueden ser acordadas por la junta general. De ahí que si solicitan el concurso, los accionistas pueden considerar que han sido imprudentes al no esperar a conocer si la insolvencia era fácilmente superable, por existir una notoria disposición de los socios a recapitalizar la sociedad, de manera que ésta pudiera seguir haciendo frente a sus obligaciones sociales. Por ello, lo que los administradores harán con toda probabilidad, es convocar la junta para que se celebre en el plazo de dos meses y abstenerse entre tanto de solicitar el concurso.

No resulta fácil entender que se faculte a los administradores que han cumplido con el deber de convocar la junta para, *asimismo*, solicitar la

declaración de concurso. Iniciado éste, no parece sencillo darlo por terminado más que por las causas expresamente contempladas en la LC (v. su art. 176), lo que puede dificultar el que tenga eficacia inmediata la recomposición patrimonial realizada por los accionistas y que, precisamente por esa razón, se nieguen a llevarla a efecto. Probablemente, lo que se ha querido es zanjarse el riesgo de una ausencia de iniciación del concurso si esa decisión se deja en manos de los socios. Estos pueden ver con el lógico temor el concurso no sólo por su habitual condición de acreedores residuales (cfr., por todos, el art. 276.1 LSA), sino porque la mera iniciación del procedimiento convierte, de hecho, los créditos que pudieran tener frente a la sociedad, en créditos subordinados (v. art. 93.2,1º LC). De ahí que ni puede confiarse a los socios esa decisión, ni puede condicionarse en forma alguna la actuación de los administradores en este punto a un previo pronunciamiento de la junta general. A los administradores se les atribuye esa competencia de iniciación del concurso como medio de tutela de los intereses de los acreedores.

De ahí que cobra sentido que el art. 262.2 LSA haya configurado la solicitud del concurso como una facultad de los administradores, que no estaría encuadrada en el ámbito general de aplicación del art. 5 LC y demás normas concursales aplicables. Que los administradores han de manejar esa facultad con singular prudencia lo confirma el párrafo final del mismo art. 262.2 LSA. Éste parte de la existencia, a juicio de un accionista, de una "*causa legítima ... para el concurso*". Pues bien, en tal caso, la norma no reconoce a tal accionista otra facultad que la de requerir de los administradores la convocatoria de la junta, sin que pueda acudir al trámite de la convocatoria judicial (cfr. art. 101 LSA) por el hecho de que su solicitud no sea atendida. Cuestión distinta será la responsabilidad en ese caso de los administradores si se comprobara posteriormente la procedencia del requerimiento del accionista.

La importancia que tiene que, por encima de todo, los administradores procedan a convocar la junta general se pone de manifiesto en la determinación de su responsabilidad, punto que hemos de abordar de forma separada⁸.

Pero la confusión derivada de la aparente descoordinación entre el deber general que enuncia el art. 5.1 LC y el deber especial que el art. 262 LSA contempla para los administradores de una sociedad anónima aumenta si vamos a su apartado 5. Este precepto, que propone un amplio catálogo de cuestiones que aquí no podemos abordar, adopta una solución comprensible en cuanto a la iniciación del concurso: si la junta de una sociedad insolvente no lo solicita, los administradores estarán obligados a hacerlo. Vale tanto la no constitución de la junta que fue debidamente convocada, como la adopción de un acuerdo contrario a la solicitud del concurso por parte de los accionistas. En todos esos casos, los administradores deben proceder a solicitar el concurso. El problema radica en que el mismo plazo de dos meses reaparece, pero su cómputo ya no se rige únicamente por el criterio de la insolvencia, sino tomando como término inicial (i) la fecha prevista para la celebración de la junta o (ii) la fecha del acuerdo.

b) El art. 105 LSRL y la necesaria intervención de la Junta general.

En el caso de sociedades limitadas, el art. 105 LSRL, igualmente modificado por la LC, adopta una solución similar a la que se acaba de exponer con respecto a las sociedades anónimas. Mas en cuanto al deber de instar el concurso, la cuestión se ve simplificada por la inequívoca atribución a la junta general de la decisión de solicitar el concurso, lo que

⁸ V. *infra* VI.

implica que el deber de los administradores de diligente actuación ante una situación de insolvencia pasa por la inmediata convocatoria de la junta.

El reproche a los administradores y la eventual responsabilidad por el incumplimiento de la obligación que establece el art. 5.1 LC dependerá, por lo tanto, del cumplimiento de los procedimientos que al efecto ha instaurado la legislación societaria. Serán responsables los administradores si ante el estado de insolvencia no convocan la junta para que ésta acuerde lo procedente en cuanto a la iniciación del concurso. De no celebrarse esa junta o de adoptar ésta un acuerdo en sentido contrario, los administradores deberán solicitar el concurso para la sociedad. Aunque el art. 105.5 no contiene una expresión de tal responsabilidad en términos tan nítidos como el precepto correspondiente de la LSA, lo cierto es que allí se contempla una responsabilidad de los administradores por no solicitar el concurso "*si procediera*". Esta solución, además de en el recurso a la analógica aplicación de las normas de la sociedad, se fundamenta en el ya citado art. 3.1 LC, en donde se reconoce a los administradores la legitimación para decidir sobre la solicitud del concurso, que estando limitada por la competencia de la junta general en ese asunto, no permite dudar que convierte a los administradores en los titulares del deber de solicitar el concurso de una sociedad limitada cuando la junta general o no puede, o no quiere adoptar ese acuerdo.

c) Los liquidadores.

Comencemos por indicar que encontrándose una sociedad en liquidación y advertida su situación de insolvencia, compete a los liquidadores dar cumplimiento al deber que establece el art. 5.1 LC (v., también, el art. 165 LC). Afirmación que parte, en primer lugar, de la

modificación operada por la Ley concursal al respecto, que al derogar las normas societarias que regulaban esta cuestión (en especial, los arts. 281 LSA y 124 LSRL)⁹, expresa el criterio según el cual ha de ser resuelta conforme al régimen general. Esto puede entenderse como la simplificación deliberada de la situación, en la que no es preciso ya establecer un régimen normativo que delimita la correcta –sobre todo por diligente– actuación de los administradores y que deslinda la competencia de iniciación del concurso entre administradores y junta. Una sociedad en liquidación se encuentra en una fase terminal, que debe completarse en un plazo determinado (v., a título indicativo, el art. 111.2 LSRL) y cuya gestión ha de limitarse a aquellas "*operaciones de la liquidación*", es decir, a concluir las pendientes y abordar aquellas operaciones nuevas que resulten necesarias, únicamente, para servir a la propia liquidación [v. arts. 272, c) LSA y 116 b) LSRL], estando además prevista la intervención de la junta general en la aprobación de lo actuado por los liquidadores en ese ámbito limitado. En esas circunstancias, nada impide atribuir directamente a los liquidadores la responsabilidad de dar cumplimiento al deber de iniciar el concurso. Una razonable prudencia puede llevarles a convocar, al propio tiempo, una junta o asamblea de socios que ratifique su decisión. Pero ese acuerdo, ni es presupuesto necesario para la diligente actuación de los liquidadores, ni tiene trascendencia concursal.

Finalmente, conviene subrayar que la actuación de los liquidadores como impulsores del concurso resulta ahora más sencilla, dada la ampliación del plazo. Así como el plazo de diez días que incluían las normas societarias que se derogan pudiera provocar una actuación precipitada de los liquidadores, el plazo de dos meses les faculta para una adecuada preparación de su solicitud, tanto por lo que se refiere a la

⁹ V. Disposición derogatoria única, 3, 6º y 7º LC.

comprobación de la concurrencia de los presupuestos del concurso, como para la elaboración formal de la solicitud y de la amplia documentación que habrá de acompañarse conforme al art. 6 LC.

2.3. La referencia a los otros legitimados por el art. 3 LC

El hecho de que la iniciación del concurso por el deudor se formule en el art. 5 LC como un deber legal y que, por su parte, el art. 3 LC haya regulado la legitimación para solicitar el concurso en términos amplios, plantea si es posible extender aquél deber a todos los sujetos legitimados distintos de los hasta aquí señalados.

En especial, la pregunta cabe referirla a la posición de los sujetos mencionados en el apartado 3 del art. 3 LC¹⁰. La legitimación de los socios, miembros o integrantes responsables de las deudas sociales sitúa a aquellos en una posición procesal afín a la de la sociedad deudora. Mas esa afinidad persigue proteger a esos legitimados y, a través de la oportuna iniciación del concurso por ellos, a los acreedores. Ánimo de tutela de la norma que configura esa actuación como una potestad. Aunque no se diga, como hace el apartado 4 del mismo artículo, que los socios "*podrán solicitar la declaración del concurso*", no es dudoso que estamos ante un mero reconocimiento de legitimación procesal, que resultaría tergiversada si se pretende trastocar en fuente de atribución del deber de iniciar el concurso de la sociedad en que participan.

Sin perjuicio de rechazar la existencia de ese deber, no estará de más recordar que cabe imponer a alguna de esas personas la responsabilidad concursal correspondiente a los cómplices del deudor. De acuerdo con el

¹⁰ Dispone este precepto en cuanto a la legitimación "*3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla*".

art. 166 CC, la cooperación con los administradores en el incumplimiento del deber de iniciación del concurso, permite imponer a aquellos socios que actuaron con dolo o culpa grave, la responsabilidad derivada de la declaración del concurso como culpable por ese motivo (art. 172 LC).

2.4. Administradores de hecho y solicitud de concurso

La referencia que en varios lugares realiza la Ley a los administradores de hecho justifica plantear la eventual responsabilidad de estos por el cumplimiento del deber de iniciación del concurso. Conforme a lo que venimos exponiendo, es claro que tal deber "*compete*" a quienes son formalmente los administradores o liquidadores de la sociedad, que no podrán eludir tal responsabilidad invocando la influencia de los administradores de hecho o su subordinación a las directrices que vengán marcadas por estos.

Cuestión distinta es que el procedimiento concursal permita advertir la influencia de ese administrador de hecho en el incumplimiento de ese deber y la consiguiente calificación culpable, autorizando la aplicación a los mismos de las medidas cautelares previstas en el art. 48.3 LC o la responsabilidad concursal derivada de tal calificación. En esta cuestión, al igual que sucede en la aplicación de las diversas normas (societarias o penales), la figura del administrador de hecho deberá ser determinada por la labor del juez del concurso¹¹.

¹¹ V. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*²⁶, t. I (Madrid 2004), p. 417; con respecto a la LC, v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid (2004), p. 707.

2.5. La conducta preconcursal de los administradores en el caso de grupos dependientes de entidades de crédito.

Como un supuesto especialmente importante en la realidad española, cabe tratar de forma separada el problema de la conducta que deben adoptar los administradores de sociedades insolventes o cuya insolvencia se atisba como inminente, cuando esta sociedad está integrada en un grupo dependiente de una entidad de crédito.

a) Consideraciones generales a partir del deber de secreto

La presencia en el órgano de administración de cualquier sociedad suele conllevar una especial información sobre la evolución de su actividad y resultados. En especial si se forma parte de los órganos delegados o ejecutivos, sobre los que recae el peso de la gestión ordinaria y regular de la sociedad. Si pensamos que alguno de esos puestos puedan ser ocupados por los administradores que representan a la entidad de control mayoritaria, el acceso a aquella información y, sobre todo, su eventual utilización plantean varias cuestiones atractivas.

El art. 127 quáter LSA regula el deber de secreto de los administradores. Se ha ampliado de manera considerable la delimitación de ese deber con respecto a los términos limitados del art. 127 LSA antes de la reforma operada por la Ley de Transparencia (así denominada la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas). A los administradores se les exige que guarden secreto sobre las informaciones de carácter confidencial. Esa exigencia se

ha traducido en una doble dirección: la vigencia de la reserva de todo dato conocido “*como consecuencia del ejercicio del cargo*” y la prohibición de comunicación o divulgación “*cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social*”.

El cumplimiento de ese deber adquiere perfiles propios con respecto a los administradores que lo son en representación de un accionista –a los que la terminología del gobierno corporativo denomina consejeros *dominicales*- singularmente cuando esa representación lo es en sentido propio: elegida como administradora una persona jurídica (la entidad de crédito accionista o una sociedad dependiente de ella), ésta designa a una persona física que la representa (un administrador o directivo del accionista o de su grupo). En ese supuesto, al deber de secreto que afecta al administrador se superponen los deberes que tal relación representativa impone. Este concreto supuesto se ha visto resuelto por el nuevo art. 127.2 quáter LSA, al disponer, por un lado, la obligación del representante de informar a la persona jurídica representada y, por otro, que será esta última quien deberá de observar el deber de secreto que dicho artículo impone.

La situación se complica aún más si, pensando en un grupo bancario, imaginamos que existen relaciones crediticias entre la entidad accionista y la sociedad participada. ¿Cuál debe ser la conducta de los administradores vinculados con la entidad acreedora en relación con los datos que, afectando a la solvencia de la sociedad participada, han conocido en el ejercicio del cargo?. Al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003¹² debe ser destacado cómo se utiliza una

¹² Esta Sentencia resolvió el llamado caso “Inverbán”, en donde se examinaba la conducta de entidades que recomendaban a sus clientes invertir en una sociedad de la que las primeras eran también accionistas; han comentado esta Sentencia VÁZQUEZ RUANO, T., “La comisión mercantil: responsabilidad de la entidad comisionista por impago de los valores emitidos por tercero”, RDBB 93 (2004), p. 239 y ss. y RUIZ BACHS, S.,

presunción a favor de la vinculación de información entre las sociedades de un mismo grupo y sus órganos directivos y de administración. Presunción que resulta difícil de mantener cuando su acogimiento reclama el correspondiente de la deliberada infracción de diversos deberes informativos fuera de toda discusión: el secreto bancario, el ya expuesto deber societario (art. 127 quáter LSA) y deber de abstracción referido a información privilegiada¹³.

La cuestión es relevante, sobre todo, ante situaciones de dificultad, en las que se atisba una eventual insolvencia. Frente a ese riesgo, procede analizar por separado dos problemas: el primero, cuál es la reacción admisible, en términos jurídicos, de esos administradores con respecto a la relación entre el accionista-acreedor (que representan) y la sociedad-deudora que administran y, el segundo, el comportamiento que deben adoptar con vistas a la iniciación del concurso, allí donde concurra el presupuesto objetivo.

b) La reacción ante el previsible incumplimiento de obligaciones frente a la entidad de crédito dominante

Las dificultades financieras, de liquidez o patrimoniales de una sociedad son materia confidencial. Basta con pensar en el impacto que el conocimiento de cualquiera de esas circunstancias puede tener frente a los demás acreedores y, en el caso de las sociedades cotizadas, frente a los sujetos de los mercados (inversores, analistas, agencias de rating, etc.). A

“Responsabilidad frente a los inversores por el no uso de información privada confidencial o privilegiada”, La Ley, nº 5991 (6 de abril de 2004), p. 1 y ss.

¹³ El art. 81.1 de la Ley 224/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) define como tal, entre otras, aquella información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a un emisor, que no se haya hecho pública y que podría influir de manera apreciable sobre la cotización de sus valores en el mercado.

los administradores debe exigírseles que informen de ello en cualquiera de las formas que legalmente estuvieran obligados a hacerlo. A través de la contabilidad o de las informaciones periódicas o por hechos relevantes que, en el caso de sociedades cotizadas, vienen obligadas a presentar. Esta matización es la que como excepción legal ha introducido con acierto el segundo párrafo del art. 127.1 quáter LSA. Fuera de esos supuestos, no está justificado que los administradores informen de esa circunstancia, ni siquiera invocando las habituales cláusulas en contratos de préstamo o crédito que imponen a la sociedad el deber de informar a la entidad acreedora de hechos de toda naturaleza susceptibles de afectar a su solvencia. Esta es una obligación contractual de la persona jurídica que no dispensa del deber legal de secreto a sus administradores (cfr. art. 1258 CC).

a') Favorecimiento de la entidad dominante por medio de actos perjudiciales a la masa

Al margen del respeto al deber de secreto, la conducta de los administradores designados por la entidad de crédito se verá con toda probabilidad perturbada por la posible incapacidad de la sociedad para rembolsar regular y puntualmente el préstamo o crédito recibidos. Dejando a un lado su deber de confidencialidad, los administradores vinculados con el accionista-acreedor deberán abstenerse de influir en una renegociación de los préstamos con la finalidad de situar a la entidad acreedora en una mejor posición por medio, por ejemplo, de la novación del contrato bancario que incorpore ahora especiales garantías a favor de la entidad acreedora. Es ésta una hipótesis verosímil, hasta el punto que la ha contemplado expresamente el art. 71.3 LC. La indicada novación será rescindible al amparo del art. 71.3, 2º, en relación con el apartado 1 del mismo precepto: se presume que existe perjuicio patrimonial cuando se

constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. De ahí que, vigente la LC, ese tipo de novaciones se abandonarán por su evidente afectación en el ámbito objetivo de las acciones de reintegración contemplado por aquélla.

Ahora bien, el expuesto es el caso más evidente en el que ante una inminente incapacidad de cumplimiento, el acreedor se ve favorecido por una novación de las condiciones aplicables a la obligación. Pero ello no impide, claro está, imaginar que la acción de reintegración podrá estar igualmente justificada cuando la mejora de las condiciones del crédito o préstamo concedidos por el acreedor-accionista se derivara del otorgamiento de otro tipo de garantías. Basta con pensar en el aval de algún accionista o de un tercero.

b') La exigencia de nuevas aportaciones del accionista dominante

A pesar de los riesgos ciertos que ello conlleva, la reacción de los administradores ante indicios o noticias de una futura incapacidad para cumplir sus obligaciones de la sociedad que gestiona frente a sus acreedores y, señaladamente, frente a la entidad de crédito que designó a algunos o a la mayoría de los administradores, existen razones que pueden justificar una reacción de éstos a partir del conocimiento de esa previsible iliquidez. Tan previsible como el hecho de que los administradores se consideren obligados a informar a los accionistas que los designaron es, cuando menos, que la reacción ante la iliquidez y consiguiente incapacidad de cumplir obligaciones se traduzca en la encomienda a los administradores vinculados con la entidad acreedora para que busquen soluciones a la situación creada.

Soluciones que pasan por obtener nueva financiación que, lejos de servir para mejorar la naturaleza del crédito que la entidad bancaria ostentaba a los efectos de su reconocimiento y clasificación en un eventual concurso, estaría plenamente justificada desde el punto de vista de la viabilidad de la actividad de la sociedad y serviría para superar esa crisis. En situaciones preconcursales impera el sentido común y éste nos señala que para una sociedad con problemas de liquidez resultará muy difícil obtenerla de terceros cuando, siendo su accionista principal un banco o una caja, no ha accedido a prestarla. Las entidades de crédito a quienes se plantee la concesión de un nuevo préstamo o crédito dirán que es al accionista a quien compete concederlo, aunque sea en parte, y al mismo tiempo observarán con indisimulada desconfianza el hecho de que el accionista no de el paso indicado, barruntando que tras ello late una situación de insolvencia inminente o que, por el momento no se ha manifestado.

Otras soluciones pasan por la aportación de nuevos recursos propios a la sociedad. Sirve tanto una operación de ampliación de capital en la que el contravalor incluye la compensación de los créditos que el accionista tenía contra la sociedad, como nuevas aportaciones de capital inicial. Ambas soluciones tendrán como presupuesto que los administradores hagan llegar a la entidad de crédito-accionista la situación advertida y propongan cualquiera de las soluciones hasta ahora citadas.

c') La responsabilidad de la entidad accionista por sus nuevas aportaciones

Mas donde la complejidad de la posición del banco accionista deviene manifiesta es en cualquiera de las situaciones en las que la

concesión de financiación a su participada en dificultades admite ser objeto de posterior reproche. Conceptos como el de un sostenimiento o una concesión de crédito *abusivos* se han convertido en categorías consagradas en el régimen comparado de la insolvencia¹⁴. A primera vista, resulta paradójico que se denuncie que una entidad de crédito contribuya a mantener la actividad de una sociedad en la que viene participando. Mas la experiencia ha demostrado cómo en muchas ocasiones, esa conducta de la entidad de crédito tiene efectos perjudiciales para el conjunto de los intereses afectados por la marcha e la sociedad¹⁵. La cuestión se concentra, en particular, en la compatibilidad de esas aportaciones con la oportuna iniciación de un procedimiento concursal.

En algunos de los casos analizados se ha reprochado a las entidades acreedoras la aceptación de aplazamientos o nuevos calendarios de pago de las obligaciones contraídas y la renuncia a iniciar procedimientos ejecutivos a partir de la existencia en el patrimonio del deudor de una deuda exigible. Es un reproche que, por cierto, no deja de encontrar una clamorosa contradicción en la posición que con frecuencia se reclama de las entidades de crédito para que flexibilicen su postura ante los impagos de sus deudores como una forma de facilitar la continuidad de la sociedad. Pretensión ésta que tiene un especial motivo cuando la propia acreedora es su accionista significativo. Pero el reproche que cabe hacer por un sostenimiento o concesión abusivos de crédito tiene como fundamento esencial el que se haga en el marco bilateral y no en un

¹⁴ Ofrece un especial interés el Derecho francés, en el que doctrina y jurisprudencia han establecido distintos grupos de casos en los que una entidad de crédito aparece como responsable por su conducta preconcursal con respecto a la sociedad insolvente; una exposición general puede verse en GUYON, Y., *Droit des affaires*⁶, t. 2, París (1997), p. 78 y ss.

¹⁵ Sin más información que la que al respecto facilitan los distintos medios, las recientes acciones de la italiana Parmalat contra diversas entidades, constituyen un nuevo e interesante supuesto.

procedimiento concursal. Si existe una situación de insolvencia en la participada, ésta debe solicitar la declaración concursal y ser en el seno del procedimiento donde su accionista y acreedor ponga de manifiesto su voluntad de contribuir por cualquiera de las vías apuntadas a una solución conservativa, que incluso puede quedar ya enunciada en el convenio anticipado anexo a la propia solicitud (art. 104.1 LC). Especial aplicación tendrá en este caso la previsión que al respecto contempla el art. 100.5 LC (al que se refiere el art. 104.2 LC): en aquellos casos en donde el convenio prevea la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, habrá de adjuntarse un plan de viabilidad en el que será necesaria la mención a los recursos necesarios para su ejecución, especificando “*los compromisos de su prestación por terceros*”.

Por lo que se refiere a los requisitos que han permitido afirmar el carácter abusivo de la concesión de créditos a un deudor afectado por una crisis económica, estos pasan, en primer lugar, por las propias condiciones de la financiación. Serán calificados como abusivos los préstamos o créditos que por su importe o por las condiciones pactadas revelan una anomalía con respecto a las condiciones propias de mercado y a las que razonablemente merecería la sociedad participada. También se entiende que estamos ante una concesión abusiva de crédito en donde, constando a la entidad de crédito las dificultades o la cesación de pagos por su filial, mantiene condiciones anómalas frente a terceros, por ejemplo, descontando títulos emitidos por aquélla¹⁶.

¹⁶ V. GUYON, *Droit des affaires*⁶, p. 80.

3. La insolvencia inminente no da lugar al deber de iniciar el concurso.

El art. 5.1 LC señala que el deber de solicitar el concurso tendrá como condición necesaria "*el estado de insolvencia*" del deudor. Si ponemos esa circunstancia en relación con la contraposición antes destacada que hace la Exposición de Motivos entre la facultad y el deber de solicitar la iniciación del concurso, creemos que debe concluirse que la denominada insolvencia inminente queda fuera del ámbito de aplicación del deber regulado en este artículo¹⁷. Dicho de manera más clara, ese deber sólo resulta exigible allí donde la insolvencia es actual, como un estado patrimonial que el deudor conoce o debería haber conocido, que supone que no puede cumplir de forma regular y en el momento actual sus obligaciones exigibles (v. art. 2.2 LC).

4. Contenido del deber

El deber que estamos examinando tiene un contenido concreto y que ha de traducirse en una específica actuación procesal: presentar ante el juez de lo mercantil competente la solicitud que contempla el art. 6 LC. Si esa actuación tiene lugar dentro del plazo previsto en el art. 5.1 LC ninguna responsabilidad podrá alcanzar al deudor o a las demás personas responsables por el hecho de que la declaración de concurso no llegue a producirse, o porque el auto de declaración tenga lugar más allá del citado plazo.

Son varias las situaciones que cabe imaginar en el sentido expuesto. La primera, la de que el juez rechace la solicitud por entender que no se ha

¹⁷ Conforme con VILA FLORENSA, P. "Artículo 5", *cit.*, p. 93; en sentido contrario, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., "Artículo 5", *cit.*, pp. 40-41.

acreditado la insolvencia. No es en este caso exigible, pues no integra el deber de iniciación del concurso, la interposición del recurso de reposición que prevé el art. 14.3 LC¹⁸. Otro tanto cabe decir cuando la solicitud sea rechazada por causas que no puedan ser subsanadas. Por el contrario, allí donde la solicitud motivara que el juez señale la necesidad de justificar o subsanar determinados extremos de la solicitud (v. art. 13.2 LC), entendemos que el deudor deberá de proceder a dicha subsanación o, cuando menos, a intentarla.

De lo dicho se deduce que, en el orden concursal, lo determinante es la presentación de la solicitud. Si ésta no se ha producido, los titulares de ese deber sólo podrán justificar esa falta a partir de otros actos que, establecidos por la legislación especialmente aplicable al deudor, pudieran acreditar una conducta diligente y operar como causa de exoneración de la responsabilidad concursal.

También es la propia legislación concursal la que ofrece un criterio de interpretación adecuado para definir la forma en que ha de cumplirse ese deber. Es obligada la remisión al art. 6 LC, que determina el contenido y documentación requeridos en la solicitud del deudor, de forma que podrá concluirse que estamos ante un incumplimiento del art. 5.1 LC si la forma de la solicitud se aleja de manera grosera de los términos de aquel precepto, obviando por ejemplo la aportación de los documentos esenciales. En ese caso, puede considerarse que estamos ante una infracción del deber concursal y, al tiempo, ante una actuación en fraude de ley (art. 6.4 LC).

III.- EL ESTADO DE INSOLVENCIA Y SU CONOCIMIENTO.

1. La variedad de supuestos a considerar

¹⁸ Conforme con FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *loc. cit.*, p. 40.

a) El conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia es el elemento sobre el que pivota todo el art. 5 LC. Su primer apartado lo convierte en el presupuesto del que parte el deber de solicitar el concurso y el segundo determina su existencia a partir de presunciones. Limitándonos al primer aspecto, el análisis del art. 5.1 LC vuelve a ser complejo por su carácter de norma general, válida para cualquier deudor y que, precisamente por el alcance de ese presupuesto subjetivo, obliga a imaginar el conocimiento de la propia insolvencia ante una gran variedad de situaciones.

Al objeto de evitar un casuismo injustificado, bastará con examinar esa circunstancia distinguiendo entre la insolvencia de personas físicas y jurídicas y tomando en consideración que de lo que se trata es de determinar cómo y cuando llegan a conocer unas u otras que no pueden cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (cfr. art. 2.2 LC). Determinación que puede quedar resuelta ya al hilo de la admisión de la solicitud del deudor, o en un momento posterior dentro del procedimiento, en especial, si resultara obligada la calificación del concurso conforme al Título VI.

b) Es obvio, por regla general, que el estado de insolvencia de un deudor individual, generado en el marco de su actividad personal o en el de una actividad empresarial o profesional de limitado alcance son fácilmente constatables. La cuestión, resulta obvio, se complica severamente ante la insolvencia empresarial, hasta el punto de que la mera valoración por el juez de su existencia puede requerir el auxilio de expertos. No se trata de una cuestión a resolver en el trámite de admisión, dado que en ese momento, la solicitud de concurso voluntario deberá ser admitida a partir de la mera acreditación del estado de insolvencia (art. 14.1 LC). Lo que importa determinar es si, producida la insolvencia, el

deudor formuló la solicitud que fue admitida dentro del plazo legal que fija el art. 5.1 LC.

Como se apunto, esa fijación acerca del cumplimiento oportuno del deber de iniciar el concurso cobra trascendencia sólo cuando procede la formación de la sección de calificación del concurso (v. art. 163.1 LC y demás aplicables), dado que esa vía da pie a la presunción de dolo o culpa grave del deudor y demás sujetos vinculados por el deber señalado (art. 165, 1º LC). Allí donde el concurso desemboque en la propuesta de un convenio que implica una quita o espera en condiciones especialmente severas (las que contempla el art. 163.1, 1º LC) para los acreedores, o en la liquidación del deudor, reviste una lógica importancia examinar en qué medida esos resultados posibles han estado motivados por una tardía iniciación del concurso. Podrán los acreedores u otros interesados denunciar que el recorte de su crédito, la prolongada espera para su cobro o, en fin, la desaparición de la empresa insolvente, han sido originados por la ausencia de una oportuna reacción del deudor: éste advirtió la insolvencia y tardó en exceso al formular la solicitud de declaración. El enjuiciamiento de ese reproche al deudor requiere concretar cuándo conoció que no podría cumplir sus obligaciones. Reproche que, bajo determinadas circunstancias y en el caso de un concurso necesario, los acreedores podrán ya haber realizado desde el mismo momento de su solicitud.

c) En cualquier caso, la opinión de los administradores concursales cobra de nuevo especial relevancia, sobre todo por venir obligados a justificar el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 169.1 LC, en relación con el art. 165.1, 1º LC). Intervención especial de los administradores concursales que con toda probabilidad, será congruente con la opinión que estos ya expresaron en su informe inicial al abordar las causas del estado de insolvencia (v. art. 75.1, 1º, en

relación con el art. 5.2.2º LC) o con ocasión de la eventual solicitud de embargo que permite el art. 48.3 LC, y frente a la que el propio deudor dispone de un derecho de audiencia y oposición si la propuesta de resolución informada por los administradores concursales optara por la calificación del concurso como culpable.

2. El conocimiento de la insolvencia de una sociedad

a) Reviste aún mayor complejidad afirmar cuándo se ha conocido por una sociedad mercantil su estado de insolvencia. Ante todo porque ello supone atribuir a uno u otro órgano social el conocimiento decisivo a efectos de entender aplicable el art. 5 LC. De esta forma, la solicitud de la declaración de concurso se incardina de lleno en el ámbito de la información societaria. Es decir, se convierte en un elemento de atribución de poder y de responsabilidad. Quienes conocen esa circunstancia están en condiciones de reaccionar y orientar la eventual superación de la misma. Al propio tiempo, existiendo un deber legal de reacción ante ese estado, la conducta de los poseedores de esa información se convierte en fuente de una posible responsabilidad patrimonial (sin olvidar consideraciones penales motivadas por el ilícito aprovechamiento de esa información para realizar actos delictivos) singularmente severa. Pero donde la información concursal provoca una reflexión aún más interesante (de nuevo, combinando los criterios propios de la insolvencia con los de la legislación societaria) es en relación con lo que podemos describir como su tramitación interna, es decir, la forma en que esa información se convierte en objetivo de actuación y relación por los órganos sociales.

b) El elemento decisivo tiene carácter temporal: lo relevante es saber cuándo los administradores advierten que la sociedad se ve afectada por una incapacidad de cumplir sus obligaciones, sin necesidad de que tal

hecho sea formalmente conocido por los socios o accionistas. Una interpretación sistemática del precepto que analizamos, en particular poniéndolo en conexión con el segundo apartado del art. 3.1 LC permite afirmar que el deber de solicitar el concurso nace desde el momento en que los administradores han conocido una actual insolvencia de la sociedad. A partir de ese momento, éstos son los competentes para *decidir* sobre la solicitud. Por supuesto que una razonable prudencia puede aconsejar a los administradores buscar el respaldo de los socios o accionistas a esa decisión, de acuerdo con lo que ya hemos explicado a lo largo del comentario de disposiciones precedentes. Celebrar una junta universal o, si ello fuera posible, una junta general, dentro del plazo de dos meses que pueda servir para que los accionistas conozcan la decisión de los administradores y, en su caso, la ratifiquen o rechacen, no puede motivar crítica alguna. Mas ello no enturbia la evidencia de que son los administradores los sujetos obligados a cumplir con el deber de solicitar la iniciación del concurso y los afectados por el plazo legal. La convocatoria de la junta no dispensa a los administradores de cumplimentar su deber, sin que tampoco lo haga la pretensión de esperar al pronunciamiento de la misma mediante el correspondiente acuerdo.

c) Otra cuestión no menos ardua es la de cómo se entiende acreditado el conocimiento por los administradores de la situación de insolvencia. Desde luego, por mucha que sea la importancia que la contabilidad tenga para ofrecer la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, su situación financiera y resultados y, en consecuencia, para reflejar, en cualquier momento, la existencia de una insolvencia que los administradores no podrán alegar haber ignorado, dada su responsabilidad legal en la llevanza de esa contabilidad, no es menos cierto que la insolvencia también se puede inferir a partir de hechos que no hayan tenido, por el momento, un impacto en la contabilidad social.

Los ejemplos típicos a ese respecto son las resoluciones judiciales o administrativas que implican una condena dineraria exigible para la sociedad que ésta no está en condiciones de cumplir por exceder su capacidad patrimonial y de crédito. En ese supuesto los administradores deberán reaccionar en el plazo de dos meses desde que conocieron esa condena. Conocimiento que en ocasiones estará acreditado por los formalismos propios de la información y decisión societarias (p.e., las actas del consejo) y en otras podrá afirmarse a partir de hechos notorios (v.gr., la sentencia condenatoria ha sido profusamente recogida y comentada por medios de información general).

Cuando la administración se confíe a varias personas o a un órgano colegiado, nos topamos con el problema habitual de la desigualdad informativa de los administradores o consejeros, que conducirá a la previsible alegación del desconocimiento de quienes pretendan así resultar exonerados de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de solicitar el concurso. Esa situación debe ser ponderada en especial ante el concurso de grandes corporaciones y grupos, al que ya nos referimos anteriormente (v. *supra* 2,5). La experiencia española e internacional han evidenciado cómo ante estructuras societarias y conglomerados complejos, no puede esperarse que los administradores de la propia sociedad insolvente tuvieran un conocimiento de la actividad social tan completo como para siquiera poder advertir una efectiva insolvencia. Solo los ejecutivos encargados de la gestión diaria del grupo y de su financiación –sean o no administradores– pueden tener acceso a esa información. De manera que el conocimiento por el órgano de administración de la insolvencia actual dependerá de que estos hayan cumplido regularmente el deber de diligente información (art. 127.2 LSA).

d) Para analizar el conocimiento por los administradores de una situación de insolvencia resulta también necesaria una referencia a la

actuación del auditor de cuentas en aquellas sociedades en que su intervención es preceptiva.

De nuevo hemos de apuntar a la insolvencia de sociedades cotizadas como el supuesto en el que, conocida la solicitud de declaración en concurso, los accionistas y acreedores reprocharán al auditor la ausencia de advertencias del deterioro de la situación de la sociedad, lo que probablemente se vea acompañado por una actuación de organismo superior orientada a determinar si se ha producido una infracción sancionable en el plano administrativo.

No es éste un lugar que permita otra cosa distinta que apuntar brevemente los dos elementos que contribuyen a fomentar aquella pretensión. El primero es el de la confusión que con frecuencia se advierte en torno a la función del auditor, en especial por cuanto se le atribuye una tarea informativa que excede de la función de verificación contable que le es propia. Confusión además abonada por una incomprensión frecuente de las técnicas que suelen aplicarse para esa labor de revisión que, contra lo que suele presumirse, no permiten al auditor un conocimiento exacto de todas y cada una de las obligaciones contraídas por la sociedad o de todos los compromisos que de forma significativa puedan afectar su solvencia. Al igual que decíamos de los administradores, la complejidad estructural y operativa que caracteriza a los grandes grupos debe tenerse en cuenta al ponderar la capacidad del auditor para alertar a los administradores y accionistas de una situación de insolvencia.

Cierto es que, además de por las razones indicadas, la confusión que rodea al auditor se ve abonada por la dificultad de interpretar el art. 209.1 b) LSA, cuando reclama que el informe de auditoría contenga

"observaciones sobre cualquier hecho ... cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad"¹⁹.

Esta intervención del auditor incorpora una gran responsabilidad, puesto que a nadie escapa el riesgo que tiene la advertencia del auditor para la continuidad de la actividad de su cliente. Es conocida la observación según la cual una advertencia del auditor sobre las dificultades de la sociedad puede acabar convirtiéndose en una "*profecía autocumplida*"²⁰, pero lo cierto es que la práctica societaria española revela una escasa utilización por los auditores del mecanismo de alerta que enuncia el citado precepto societario.

IV.-LAS PRESUNCIONES DE CONOCIMIENTO DEL ESTADO DE INSOLVENCIA.

a) Uno de los aspectos más sugerentes y discutidos²¹ del art. 5 LC es el recurso a las presunciones para establecer el conocimiento por el deudor del hecho inicial y determinante del deber de solicitar el concurso. La exigencia de ese deber se basa tanto sobre la evidencia del conocimiento por el deudor que se encuentra en una situación de insolvencia, como sobre la presunción de que tal conocimiento debe tenerse por verdadero, al margen de la prueba relativa a esa circunstancia. El recurso a las

¹⁹ Resulta obligada la remisión al estudio de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoria y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1 b) LSA]*, Madrid-Barcelona (2001), p. 119 y, con relación a esa misma cuestión en la fase anterior a la iniciación del concurso, v. MUÑOZ GARCÍA, A., "Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital", Ponencia aportada al Seminario Corporate Governance Conflicts and Corporate Insolvency, p.5 y que puede verse en www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicación_muñoz_garcia.pdf.

²⁰ V., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia", en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. ROJO), Madrid-Barcelona (2003), pp. 70-72.

²¹ V. la crítica de FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., "Artículo 5", *cit.*, p. 38.

presunciones es la razón de ser del apartado 2 del art. 5 LC, pero ello no significa que tal solución deba entenderse restringida a los concretos supuestos concretos que en el mismo se establecen.

b) La norma exige que el concurso se solicite en un determinado plazo desde que el deudor conoció su estado de insolvencia o desde que "*hubiera ... debido conocer*". Esa alternativa tiene su fundamento empírico en los casos y supuestos en los que es indudable que el deudor debió ser consciente de que ya no disponía de capacidad para hacer frente a sus obligaciones exigibles, de forma que si no solicitó la declaración del concurso, ello obedeció a una actuación deliberadamente elusiva de ese deber o a una negligencia que no debe ser amparada. Presunción que se ha visto abonada por la abundancia de estudios económicos que, en relación con la insolvencia de las empresas, han desarrollado diversos modelos de alerta o prognosis de crisis patrimonial²², que, razonablemente, permiten considerar que el estado de insolvencia pudo ser avistado por el deudor y que, una vez producido, carece de fundamento sostener que no pudo ser conocido en ese momento o en una inmediatamente posterior. E incluso, al margen de esos estudios, las modernas técnicas de gestión y de información abonan con respecto a todo tipo de deudores el criterio fundado según el cual el deudor conocía de forma inequívoca su situación insolvente cuando se producen circunstancias concretas.

Por eso creemos que la presunción de que el deudor hubo de conocer su insolvencia opera en todo supuesto, siempre que el hecho a partir del que se deduzca aquella presunción cumpla el requisito de su completa acreditación y de la estrecha relación entre el hecho y el que se quisiera deducir (arts. 1249 CC y 1253 CC). Requisito que puede ser

²² V. una amplia referencia bibliográfica internacional en PAPE/UHLENBRUCK, *Insolvenzrecht*, Munich (2002), p. 13 y ss.

fácilmente cumplimentado, por ejemplo, a partir de los libros de contabilidad o registros y documentos del deudor, de los papeles de trabajo del auditor, de los dictámenes de sus abogados, etc. Por mucho que sea el margen que, por ejemplo, los criterios contables de valoración permiten para la interpretación subjetiva de un hecho, su impacto patrimonial actual o futuro y su contabilización, determinadas situaciones no pueden ser objetivamente ignoradas como causa de una insolvencia efectiva. La comunicación al deudor de la denegación de financiación esencial para superar una crisis de liquidez, la de una condena ejecutiva y exigible que supera el valor de sus recursos propios, la insolvencia de la sociedad dominante de la que dependía la tesorería de su filial, son algunos ejemplos de hechos base que, habiendo sido objeto de completa acreditación, permiten aplicar la presunción de que el deudor debió haber conocido en ese momento su estado de insolvencia como término inicial para dar cumplimiento al deber que establece el art. 5 LC. Esa aplicación corresponderá al juez del concurso, sobre todo, en el momento procedimental de calificación y dando lugar a una presunción judicial en el sentido previsto por el art. 386 LEC.

c) El art. 5.2 LC establece una presunción legal que admite prueba en contrario (cfr. art. 385.3 LCE y arts. 1250 y 1251 CC). El hecho presunto será, precisamente, el conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia a partir del acaecimiento de los mismos hechos que conforme al art. 2.4 LC sirven para que cualquiera de los sujetos legitimados solicite el concurso necesario²³. Conviene que destaquemos la calificación común

²³ El apartado 4 del art. 2 LC dispone:

"Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes ara el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

de tales hechos como manifestaciones de una insolvencia que, por su propia naturaleza, no pueden ser ignorados por el deudor, lo que justifica su recuperación como hecho base de la presunción del presupuesto que hace nacer el deber de solicitar la iniciación del concurso: su conocimiento por el deudor. Es obligado matizar que, cuando la presunción arranque del incumplimiento que contempla el apartado 4º del art. 2.4 LC, entonces deberá esperarse al agotamiento del plazo de tres meses que allí se contempla.

Al establecerse expresamente la oponibilidad de prueba contra esa presunción, el deudor dispone de la legitimación para desplegar una actividad que le permita cuestionar la relación o enlace entre la presunción de ese conocimiento y el hecho que fundamente esa presunción. Aún cuando puede admitirse que esa actividad probatoria tenga un resultado feliz a la hora de revelar algunos de los supuestos contemplados por el art. 2.4 LC, otros son, en sí mismos, difícilmente rebatibles como indicativos de una insolvencia de ineludible conocimiento por el deudor. Entre estos últimos, los que enuncian los apartados 1º y 3º del art. 2.4 LC. Frente al escaso margen de prueba efectiva que contra su conocimiento puede esgrimir el deudor, éste puede reivindicar su solvencia a pesar de no haber cumplido con el pago de alguna de las obligaciones que cita el apartado 4º de ese mismo artículo. No se trata en ese caso de atacar la falta del presupuesto objetivo de un concurso, sino la ausencia de una relación directa entre ese incumplimiento y una efectiva insolvencia, que por no

3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.

4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades".

poder ser conocida, tampoco podrá operar como presupuesto del presunto incumplimiento del deber de iniciar el concurso.

V. -EL PLAZO DE CUMPLIMIENTO DEL DEBER.

a) El art. 5.1 LC impone un plazo de dos meses para la solicitud de declaración del concurso por el deudor. Sin duda, la determinación de ese plazo proviene del que con idéntica duración venían contemplando las leyes de sociedades mercantiles de referencia para la disolución originada, entre otras causas, por pérdidas o reducción del capital (v., por todos, el art. 262 LSA).

b) Es un plazo que ha sido criticado por considerar que puede resultar excesivamente amplio. Si el deudor ya no puede cumplir sus obligaciones exigibles, autorizar que la solicitud de concurso se demore hasta en dos meses puede facilitar un deterioro patrimonial y la consiguiente merma en la tutela de los intereses de los acreedores. Esto resulta harto probable en supuestos de empresas en donde el incumplimiento de alguna obligación genera desconfianza en proveedores y clientes y puede animar a la iniciación de acciones individuales por algunos acreedores. En el caso de deudores individuales, el plazo de dos meses también puede resultar excesivamente amplio por idénticas razones, en particular si consideramos que el incumplimiento frente a determinados acreedores pudiera dar lugar a acciones individuales particularmente perturbadoras con vistas a un ulterior concurso. El ejemplo más sencillo nos lo ofrece el caso de acciones destinadas a la ejecución de garantías hipotecarias sobre inmuebles del concursado (v. arts. 55.4, 56 y 57 LC).

c) Aun compartiendo los recelos que el plazo establecido en el art. 5.1 LC provoca por la posibilidad que admite en cuanto al diferimento de

la iniciación del concurso con respecto al momento en que la insolvencia se ha manifestado, creemos que la solución legislativa es correcta por respetar la necesaria coordinación sistemática con las disposiciones societarias que repetidamente hemos citado y que son las que introdujeron dicho plazo. Plazo de dos meses que tiene su justificación en el caso de sociedades mercantiles, puesto que la solicitud de concurso aparece allí vinculada con otros posibles acuerdos (disolución, liquidación, recomposición del capital social) cuya preparación y adopción justifican que se conceda al deudor el plazo de dos meses para reaccionar desde que se manifestó la situación de insolvencia. Así resulta, con especial claridad, en el caso de sociedades limitadas en las que la solicitud de concurso requerirá acuerdo de la Junta general, lo que a su vez exige de los administradores que, presumiblemente, serán quienes en primer lugar habrán conocido el estado de insolvencia, la convocatoria de la Junta. El art. 105.1 LSRL coincide con el plazo general del art. 5.1 LC al establecer, entre otras hipótesis, que la convocatoria de la Junta deberá permitir que ésta acuerde el instar el concurso en el plazo de dos meses.

d) El transcurso del plazo de dos meses que contempla el art. 5.1 LC no impide que el deudor proceda a presentar una solicitud tardía de concurso. Solicitud que deberá ser admitida si cumple con los presupuestos legalmente establecidos. Su carácter tardío y las consecuencias que el incumplimiento del deber de iniciación tiene para el deudor no afectarán a la fase de admisión, sino que se proyectarán en momentos posteriores del procedimiento concursal, tal y como detallaremos en el siguiente apartado.

VI.-CONSECUENCIAS DE LA IGNORANCIA DEL DEBER DE INICIAR EL CONCURSO.

1.Preliminar.

La importancia que tiene el deber de iniciación oportuna del concurso se refleja de manera elocuente en las consecuencias que depara su inobservancia para el deudor o para las personas responsables de solicitar en su nombre la iniciación del procedimiento concursal²⁴. Estamos ante medidas que pueden adoptarse desde la iniciación del concurso, si bien su severidad se ve notablemente acentuada cuando, llegados a la fase de calificación, esta culmina en la consideración culpable del concurso por el incumplimiento absoluto o tardío del deber que nos ocupa. Ahora bien, lo que llama la atención es que en los preceptos donde se contempla esa posibilidad, el incumplimiento del deber de iniciar el concurso se equipara con otras conductas del deudor especialmente graves (v., por ejemplo, los arts. 105, 164 y 165 LC). Con ello se está confirmando el interés del legislador por resaltar la importancia que tiene el cumplimiento de aquel deber y, lógicamente, por sancionar de manera correspondiente su inobservancia. De manera que puede afirmarse que alguna de esas previsiones normativas ante el incumplimiento del deber de solicitar el concurso tienen una evidente función disuasoria ante el riesgo de que el deudor lo desatienda²⁵.

El art. 165.1º LC establece una presunción *iuris tantum*: existió dolo o culpa grave -presupuesto de la calificación culpable del concurso- en el

²⁴ V. HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, pp. 145-146.

²⁵ V. PULGAR, J., "El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores", en AA.VV., *Derecho Concursal*, (dir. GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Madrid (2003), p. 123.

supuesto de incumplimiento del art. 5.1 LC. Al deudor afectado por esa presunción o a sus administradores, liquidadores o representantes legales se les permite oponer la prueba que entiendan oportuna para justificar no haber iniciado oportunamente el concurso o su tardía solicitud no justifican la calificación culpable.

2. Prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio.

a) El art. 105.1, 6º LC prohíbe al deudor presentar propuesta anticipada de convenio si hubiere incumplido el deber de solicitar el concurso. La razón de la norma es tan simple como comprensible: no puede permitirse que se acoja a los beneficios que la Ley ofrece –entre los que sin duda figura la facultad de presentar propuesta anticipada de convenio²⁶- quien ha incumplido cualquiera de los deberes que la misma norma le exige, entre los que destaca el de iniciar el procedimiento por medio de la solicitud de concurso voluntario. La prohibición cobra sentido, además, ante la posibilidad de que la propuesta de convenio anticipado la haga el deudor al formular su tardía solicitud (por haber transcurrido más de dos meses desde que se produjo el estado de insolvencia), o tan pronto como se adopte el auto declarando el concurso a instancia de un acreedor (art. 104.1 LC).

b) Esa doble posibilidad permite hacer efectiva la prohibición desde el momento inicial, es decir, tan pronto como, presentada la solicitud por el deudor junto con la propuesta anticipada de convenio, el juez advierta al examinar la primera que se ha producido una infracción del art. 5 LC

²⁶ Sobre tal carácter beneficioso, v. ROJO, A., *El convenio anticipado*, Madrid (2004), p. 35 y ss., sin perjuicio de recordar que de esa propuesta también resultan ventajas para los acreedores: así, CUESTA RUTE, J.M., *El convenio concursal*, Cizur-Menor (2004), p. 68.

que motiva que quede vedado a ese deudor el poder formular dicha propuesta. En tal caso, al margen de proveer sobre la solicitud de concurso conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y ss. LC, el juez deberá rechazar a trámite la propuesta anticipada de convenio, pronunciamiento contra el que no cabe recurso alguno (art. 106.3 LC).

c) El hecho de que la propuesta anticipada hubiere sido inicialmente admitida, puesto que en el momento de resolver sobre la petición del deudor o del acreedor no contaba el juez con elementos suficientes para examinar el cumplimiento oportuno del deber de solicitar el concurso, no impide una actuación de oficio que se traduzca en una nueva resolución por la que se declare que, concurriendo una de las prohibiciones establecidas en el art. 105 LC, no deberá de continuarse con la tramitación de la propuesta anticipada, dejando sin efecto la propuesta inicialmente admitida²⁷.

d) Por idénticas razones ha de reconocerse a los acreedores debidamente personados (v. art. 184.4 LC) la posibilidad de denunciar la concurrencia de dicha prohibición en cualquier momento del procedimiento.

Incluso, los acreedores que inicialmente se hubieren adherido a la propuesta para dar cumplimiento a lo exigido por el art. 106.1 LC, podrán revocar su adhesión conforme a lo que autoriza el art. 110.2 LC, si tuvieren conocimiento a lo largo del procedimiento de la inobservancia por el deudor del art. 5.1 LC²⁸. En principio, tal revocación no constituirá una actuación contraria a los propios actos (cfr. art. 11 LOPJ y art. 247 LEC), salvo allí donde el deudor fuere capaz de acreditar que la adhesión a su

²⁷ V. ROJO, A., *op. cit.*, Madrid (2004), p. 73.

²⁸ V., MORA BENAVENTE, M.J., "Concurso voluntario y concurso necesario", en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid (2004), p. 106 y CUESTA RUTE, *El convenio concursal*, p. 100 y ss.

propuesta anticipada la prestó el acreedor disponiendo de idéntica información que la que posteriormente fundamentó su revocación.

3. Embargo de bienes.

Desde el momento en que el juez hubiere declarado el concurso, sea a instancias de un acreedor o del propio deudor en razón de una tardía petición, podrá el juez acordar el embargo de los bienes de los administradores (de derecho o de hecho) o liquidadores (art. 48.3 LC). Estamos ante una medida cautelar de naturaleza especial y cuya sola finalidad es la de asegurar la ejecución de una eventual condena incorporada en la sentencia de calificación del concurso como culpable²⁹.

Tal medida reclama una doble condición. La primera, que reclama una especial ponderación, se refiere a la fundada posibilidad de que se califique como culpable el concurso. Parece que la tardanza en cumplir con el deber de iniciación del concurso o su radical ignorancia por el deudor pueden ser apreciadas desde los primeros momentos del procedimiento, en particular atendiendo a cuál ha sido la causa de la insolvencia. En directa relación con ello parece la segunda condición: la insuficiencia de la masa activa para satisfacer las deudas. Cumplidas ambas condiciones, el juez podrá acordar el embargo de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal.

²⁹ V. CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, Cizur-Menor (2004), p. 106 y GONZÁLEZ CALATAYUD, V., "Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio", RCDI 682 (2004), pp. 832-833.

4. La responsabilidad personal de los administradores

Quizás la más rigurosa consecuencia que tiene incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso pasa porque, previa la calificación del mismo como culpable, llegue a provocar pronunciamientos que afecten a la persona del deudor y, de forma especial, a sus administradores, liquidadores o administradores de hecho.

Al margen de la inhabilitación o de la pérdida de derechos (v. apartados 2º y 3º del art. 172.2 LC), la responsabilidad concursal que más atención ha merecido ha sido la contemplada en el artículo 172.3 LC. Esta disposición permite al juez incluir en la sentencia de calificación un pronunciamiento condenatorio para los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica en el momento actual, así como a quienes hubieren ocupado sus puestos en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Condena que también puede alcanzar a los administradores de hecho, sea en el momento en que la sentencia se pronuncie o en la fase previa de dos años a la declaración de concurso. El contenido de la condena es extremadamente severo puesto que consistirá en el pago a los acreedores del importe que de sus créditos no perciban como consecuencia de la liquidación del patrimonio de la sociedad. La Ley permite al juez moderar esa condena, que podrá ser parcial, pero no por ello deja de resultar una solución dura.

Se trata de una responsabilidad claramente sancionadora, que no reclama como presupuesto necesario para su imposición la prueba acerca del daño derivado de la no iniciación oportuna del concurso. No se trata de establecer una responsabilidad con una función indemnizatoria de la lesión que el incumplimiento del deber haya supuesto para algunos o todos los acreedores, sino de sancionar ese incumplimiento, que afecta a un deber expresamente requerido por la ley y que juega una función

esencial en el tratamiento de la insolvencia. En el caso de que se apunte contra una pluralidad de administradores, en principio no puede concluirse su responsabilidad solidaria (cfr. art. 133.3 LSA). La no imposición expresa de una responsabilidad concursal solidaria puede llevar a concluir que la ley no ha querido imponer ese carácter a dicha responsabilidad (v. art. 1137 CC). Sin embargo, la opción a favor de la solidaridad puede encontrar un fundamento no desdeñable en la conocida doctrina jurisprudencial que, con respecto a la responsabilidad extracontractual, la considera como la solución procedente allí donde existe una pluralidad de sujetos responsables y una causa única del hecho ilícito, de manera que no resulta posible la individualización de los comportamientos³⁰.

La responsabilidad concursal será exigible de aquellos administradores que el juez señale en la sentencia de calificación como responsables del incumplimiento del art. 5.1 LC, a la vista de los informes, dictámenes (art. 169.1 LC), alegaciones y medios probatorios (v. arts. 171.1 y 195 LC) que al respecto se hubiesen producido. Es previsible que al plantear su oposición, determinados administradores hagan uso de los argumentos típicos de exoneración de responsabilidad (v. art. 133.3 LSA), sin perjuicio de poder recurrir a otros. En todo caso, la redacción del art. 172.3 LC deja al arbitrio judicial la imposición de esa responsabilidad y su alcance. Solución razonable si, limitándonos al supuesto del incumplimiento del deber, consideramos que pueda englobar supuestos que admiten una muy diversa valoración.

Sin que tampoco aquí proceda que nos extendamos en el significado que adquiere esa responsabilidad personal de los

³⁰ V. SSTs de 20 de febrero de 1989, 19 de julio de 1996 y de 13 de marzo de 1998, entre otras muchas.

administradores, sí debemos hacernos eco de la reflexión que ha motivado la relación entre esa responsabilidad y la que resulta exigible a los mismos administradores por el mismo hecho –no solicitar el concurso- al amparo de la normativa societaria³¹. Puede ocurrir que a la exigencia y resolución de la responsabilidad concursal derivada del art. 172.3 LC por el incumplimiento del deber concursal que contempla el art. 5.1 LC, se superpongan las acciones –de amplísima utilización en la práctica-, avaladas por el art. 262.5 LSA y por el art. 105.5 LSRL; responderán los administradores por las deudas sociales por no haber solicitado el concurso.

Al margen de las muchas y complejas cuestiones que la coordinación entre esos dos regímenes de responsabilidad han planteado y provocarán en la aplicación de la nueva Ley, creemos correcto el criterio de quienes subrayan que debe ser objeto de aplicación prioritaria el sistema de responsabilidad concursal, por venir así determinado por las reglas de universalidad y paridad de trato propias de la institución concursal, con el consiguiente desplazamiento del cauce que ofrecen las normas societarias para exigir responsabilidad de los administradores por ese motivo³².

³¹ Al respecto, v. los trabajos de ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en AA.VV., *Derecho Concursal*, (dir. GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Madrid (2003), p. 521 y ss. y, en especial, p. 564; GARCÍA-CRUCES, J.A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, p. 308 y ss. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal”, p. 716 y ss.

³² Conforme con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal”, pp. 719-721.