

Derecho Concursal en España y en la Comunidad Europea

José Pajares Echeverría

abogados@pyo-abogados.com

INDICE

1º.-Recensión histórica.

2º.- Nota sobre la internacionalización del Derecho Concursal y los cambios operados en el Siglo XXI.

3º.- Evolución de la responsabilidad civil y penal de los administradores en las situaciones de crisis. Apunte desde la legislación española.

4º.- Reseña de la situación en la legislación europea.

a) Disposiciones Comunitarias.

b) Apunte sobre las legislaciones nacionales de, Italia y Reino Unido.

1.-RECENSION HISTORICA

Nos podríamos remontar hasta los documentos legislativos anteriores a Roma en los que se contemplaban la situación derivada de las deudas y la responsabilidad de quien las contraía. Tienen de común con el sistema legislativo romano el contemplar la situación de quienes no hacen frente a sus deudas desde una perspectiva individual-personal, lógicamente, no comercial, e incidiendo en el aspecto punitivo personal. En el propio Imperio Romano, se necesitaron años de progresión legislativa para llegar a la institución de la *bonorum benditio* y *bonorum cesium* y la *prescriptio* o *exceptio moratoria* (*Constitución de Justiniano*). (ver diccionario latin)

Esta tradición de considerar al deudor que no hace frente a sus obligaciones como un delincuente tiene sus antecedentes como hemos dicho en los usos, costumbres y normas y se pueden encontrar en los Códigos legales de tradición babilónica.

Así a título de ejemplo, en el dicto de Ammisaduqa babilónico se preveía la prisión de los insolventes que eran reducidos a esclavitud y obligados a prestar servicio o a la devolución a sus dueños de animales o cosas pignoradas.^[1]

Es a partir del Renacimiento, en Europa, y, en particular, en los estados de la península italiana (dilaciones quinquenales) cuando comienzan a tomar cuerpo las normas que darán lugar posteriormente en el Siglo XVIII y XIX a las regulaciones de bancarrota y quiebra.

Punto y a parte es el derecho en las situaciones de insolvencia inglés ya que hasta el año 1543 fue un ordenamiento puramente consuetudinario limitándose a los comerciantes en 1861 y desdoblándose el procedimiento de insolvencia para comerciantes o no comerciantes durante el reinado de Jorge III (1813); el último texto legislativo nos traslada a 1883.

En España, como hitos importantes tenemos las Cortes de Barcelona de 1299 que regulan la previsión del insolvente. Las Cortes de Córdoba de 1570 y las de Madrid de 1573 presididas por Felipe II que establece una curiosa forma de retroacción.

La pragmática de 18 de julio de 1590 de Felipe II que establece la prisión y soltura del quebrado y por último ya como antecedente inmediato las ordenanzas de Bilbao que pasan la mayor parte al Código de 1829 y a la regulación de la quiebra.

2º.- NOTA SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y LOS CAMBIOS OPERADOS EN EL SIGLO XXI.

La internacionalización de las leyes concursales no es algo específico de la rama de derecho concursal. Es obvio que se trata de un fenómeno que se produce en todas las ramas del derecho, sobre todo, en aquellas que están más en contacto con el tráfico mercantil. Y, yendo más allá y teniendo en cuenta el carácter superestructural del derecho, no es sino una consecuencia de la internacionalización de la economía, la internacionalización de los mercados y la producción y la distribución a escala mundial.

En otras palabras, lo que viene denominándose globalización. Si bien, es en el terreno financiero y de la producción (Derecho Mercantil) donde las novedades legislativas se producen con mayor rapidez y abundancia y asistimos a una internacionalización, cambio y modificación y, en definitiva, armonización de normas.

No es ajeno a ello el derecho concursal. En el ámbito europeo, ya existan disposiciones con rango comunitario como es el reglamento de insolvencias del Consejo de 29 de mayo de 2000 modificado por el Reglamento el 12 de abril de 2005 y por los actos posteriores con rango normativo en desarrollo del Reglamento y, en particular, la Directiva 2001/17 del Parlamento de 19 de marzo de 2001 relativo al saneamiento y liquidación de las Compañías de Seguros.

Pero es que paralelamente a la normativa comunitaria, en los últimos 10 años, una gran parte de los países de la Comunidad Europea han ido introduciendo modificaciones en sus obsoletas legislaciones concursales. Afortunadamente para el jurisconsulto, es decir, para los denominados operadores de la justicia, en este caso, los abogados y, en definitiva, para los intereses que defienden y le son encomendados por personas físicas y jurídicas, la mayor parte de los cambios, al menos en lo que se refiere al procedimiento de regulación de las situaciones de insolvencia, tienen una referencia clara, en todas las legislaciones, en la ley marco de la UNCITRAL.

Las experiencias legislativas que hay en derecho preconcursal y paraconcursal, como es el caso de Francia, tienen mayor originalidad y la práctica, aún muy reciente, nos dirá si, efectivamente, es un instrumento útil o, en realidad, es la antesala del procedimiento liquidatorio tradicional.

El referente normativo internacional, esto es, el proyecto marco de la UNCITRAL o, por ser más precisos, la guía legislativa de CNUDMI UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, se ha visto refundida o sistematizada en la ley modelo de insolvencia transfronteriza y la guía

para su incorporación recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 52/158 de 15 de diciembre de 1997.

Esta internacionalización presenta diversos problemas, entre ellos, y no el menor, cuestión de la competencia de los tribunales nacionales pues, si bien el reglamento europeo tiende a la cooperación internacional al establecer ya no solo en el ámbito europeo sino incluso fuera del mismo la posibilidad de que los órganos del concurso declarado en jurisdicción no europea tengan actuaciones válidas y eficaces en los procedimientos europeos, sin embargo, en el ámbito anglosajón, la propensión, ya con larga tradición en los Estados Unidos de América, en el ámbito fiscal, por ejemplo, de extender su jurisdicción y la jurisdicción de sus tribunales fuera de sus fronteras es una tendencia que impide la cooperación y armonización internacional y obstaculiza la existencia de procedimientos ágiles y eficaces.

Otro hecho que se están produciendo son los intentos de soluciones extrajudiciales en el ámbito internacional.

Es un intento que, en cierta manera, no es nuevo en absoluto ya que quizás por la constatación de la lentitud de los Tribunales de Justicia siempre ha habido una tendencia en los operadores económicos a la realización de convenios y acuerdos extrajudiciales que o bien permitiesen la continuidad de la empresa o del patrimonio del deudor o incluso planteasen su liquidación pero fuera del ámbito judicial.

En realidad, los proyectos de ley y las leyes hoy vigentes en materia preconcursal y paraconcursal vienen a sancionar esta tendencia.

Desgraciadamente, en nuestra opinión, las garantías de los procedimientos de reorganización patrimonial en sede Judicial y la operatividad que la tutela judicial proporciona en el cumplimiento de principios tan básicos y operativos como la "*pars conditio creditorum*" no se ven favorecidos por soluciones extrajudiciales pero el hecho de la falta de agilidad en las sedes judiciales no lo podemos negar.

Es importante también el hecho de las modificaciones de las masas activas y pasivas en las situaciones de insolvencia internacional.

No nos referimos solamente a lo que se ha denominado el cambio de acreedores.

Las masas activas, esto es, los bienes de los patrimonios en crisis por su internacionalización plantean nuevas situaciones en cuanto a competencia, derechos reales, etc..., en las que todavía siguen existiendo por parte de las legislaciones nacionales resquicios de obstáculos a la gestión internacional de las situaciones de crisis

otorgando garantías por encima del concurso, subordinando las propias garantías a las foráneas, etc...

Lo que sí es cierto es que en cuanto a la masa activa sí se puede hablar de un nuevo instrumento de crédito en aquellas situaciones de concurso internacional y empresas de dimensiones internacionales en la que las deudas morosas del insolvente han encontrado negociación en los mercados internacionales y como bien dice Ruillón (Ver Anuario de Derecho Concursal pag. 253) plantean la necesidad de nuevas estrategias de negociación concursal.

Sin embargo, no creemos que una de las características que el autor citado señala como nueva dentro de la internacionalización de los procedimientos judiciales, esto es, la profesionalización sea tan clara.

No creemos que se pueda decir que el surgimiento, la existencia de "agencias especializadas" en realidad aporten nada nuevo a los profesionales que desde el ámbito de la abogacía y de la auditoría venían y vienen desempeñando estas funciones de administradores de patrimonios en crisis.

Es importante el hecho lo que realmente agilizaría la situación de la insolvencia internacional sería el desprendimiento de privilegios por las legislaciones nacionales.

3º.- EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SITUACIONES DE CRISIS. APUNTE DESDE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

La responsabilidad de los administradores por la situación de crisis en el orden civil y mercantil en los antiguos textos de la quiebra y la ley de suspensión de pagos en los que se contenía en la obligación legal de formar una pieza separada y especial de responsabilidad que tuvieron una vigencia muy escasa.

La responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil y civil era la ordinaria en la Ley de Sociedades Anónimas en su Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 (ex art. 133) y las derivadas del dolo-culpa o negligencia previsto en el Código Civil.

La nueva Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio vino a endurecer las obligaciones y las consecuencias para los administradores que habiendo agravado o incluso debiendo haber simplemente constatado una situación de insolvencia patrimonial de la empresa no hubiese promovido la declaración del estado legal que le correspondiese. En su primitiva redacción (Disposición Final Vigésima 5 y 6 que reforma el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Bien es cierto que dado el rigorismo con el que fue configurado estos preceptos una posterior reforma de la Ley del Mercado de Valores 26/2003 de 17 de julio dio una nueva redacción definitiva al Art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas en virtud del cual ha quedado establecido la prohibición para el administrador de realizar cualesquiera clase de operaciones en beneficio propio o de personas a él vinculadas, obligación de comunicación al Consejo de cualquier hecho relevante o conflicto de intereses y el deber de secreto incluso una vez cesado en sus funciones pero de menor importancia fue la reforma del artículo 133 recortando el régimen de responsabilidad que no se diferenciaba en gran manera del régimen anterior.

Como decimos, la responsabilidad mas grave no fue la establecida en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas (responsabilidad civil o mercantil por actos que lesiones los intereses de la sociedad sobre socios o terceros) sino la nueva redacción dada a los artículos 260 y ss., de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley Concursal.

Los preceptos citados regulan la disolución y liquidación de la Sociedad Anónima. Pues bien, en resumidas cuentas, el administrador de la Sociedad con un desequilibrio patrimonial e incurso en causa de disolución por pérdidas debe primero, verificar exactamente la situación patrimonial de la Compañía y si la situación es de obligada disolución por pérdida o de insolvencia transitoria debe promover la declaración

de concurso, convocar la Junta en el término de 2 meses e incluso si la Junta General de la Compañía no decidiese la disolución o declaración de concurso el Administrador tiene la obligación de solicitarlo ante el Juez.

La Ley 19/2005 de 14 de noviembre que regula la Sociedad Anónima Europea vino a dulcificar las consecuencias para los Administradores estableciéndoles la responsabilidad "solo" por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

Así la Disposición Final Primera.8 deja el apartado 5 del art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas con la siguiente redacción:

"...5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso..."

...En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior..."

Téngase en cuenta que la Disposición Final Vigésima.5 de la Ley Concursal, reformando el art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, decía, ni más ni menos, lo siguiente:

"...5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso..."

Así pues, podemos, resumir, que, a día de hoy, con la legislación, civil, mercantil y concursal en la mano el régimen de responsabilidad vigente es el ordinario y similar al que rige en todo el derecho continental, es decir, el derivado de la negligencia o dolo por daños a la Sociedad o a terceros de los administradores y de las acciones que poseen los accionistas y los acreedores, según el supuesto, para exigir las responsabilidades pecuniarias correspondientes. Dentro de ese ámbito

de dolo o negligencia, se encuentran las obligaciones de la declaración de concurso o de dar estado legal a una situación de crisis.

Hasta el presente, dada la juventud de la ley concursal española la responsabilidad de los administradores acaece mayoritariamente en los supuestos de negligencia y con un nexo de causalidad bastante claro. Es decir, los casos que se han producido son sentencias condenatorias estableciendo responsabilidades determinadas y concretas con referencia a algún crédito y siempre, insistimos, habiendo quedado acreditada la conducta negligente, culposa o maliciosa del administrador.

No obstante, no podemos olvidar que, en el ámbito teórico, ahí está el texto de la ley concursal que, como novedad, sí establece, y se puede considerar como una responsabilidad que gravita sobre los administradores, en primer lugar, la posibilidad de tomar medidas cautelares sobre su patrimonio y, en segundo lugar, también la posibilidad de exigirles responsabilidades pecuniarias por las deudas, por el pasivo del concurso si bien no con la enorme extensión que tenía antes.

En el ámbito penal, desaparecida de nuestra legislación, y de la mayor parte de las legislaciones continentales, las antiguas figuras del alzamiento de bienes como subtipo de la quiebra, permanece el delito de la insolvencia punible.

Tampoco es que podamos registrar una abundancia de precedentes, siquiera de denuncias, que hayan dado lugar a abundantes Sentencias con fundamento en el tipo penal que ha recogido el nuevo Código Penal de 1995. Quizás porque, también en lectura penal, el nexo causal, es decir, la vinculación y demostración concreta y específica de la conducta punible, ya sea en su vertiente del dolo o en su vertiente de culpa, exige una rigurosa prueba y una rigurosa concreción que es cierto que es fácil anunciarla ante los Tribunales pero ya no es tan fácil de conseguir una evidencia que imponga una condena penal.

No obstante, la posibilidad también está ahí, la posibilidad de encausar en la jurisdicción penal a los administradores por haber precipitado, por haber agravado, la situación de insolvencia es posible. Como es sabido, el agravamiento o la precipitación de la situación de insolvencia es diferente de la contemplación del hecho delictivo del alzamiento de bienes que establecía el anterior Código de Sanciones pero que tampoco ha desaparecido: se encuentra en el art. nº 1 correspondiente a las Insolvencias Punibles. El administrador infiel que, de una u otra manera, concitándose con un tercero o directamente no es ya que cause una lesión al patrimonio de la empresa y de terceros sino que se apropia, se alza de alguna manera con los bienes, tiene su sanción

penal perfectamente tipificada y debemos apuntar, para completar el bosquejo, dos tipos penales que, sin estar directamente relacionadas con las situaciones de crisis sí confluyen con ellas en más de una ocasión. Nos referimos a la enorme extensión de los delitos de blanqueo de capitales y las defraudaciones a la Hacienda Pública que, normalmente caminan de la mano y gravitan no solamente sobre los administradores de empresas pero la mayor parte de las sentencias habidas al respecto han sido administradores de empresas

Hecho este breve apunte retomemos el análisis de la situación concreta de las modificaciones de la responsabilidad de los administradores inserto en este panorama.

4º.- RESEÑA DE LA SITUACIÓN EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

a) Como es sabido, dejando a parte los convenios anteriores (Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 5 de junio de 1990) el primer texto normativo es el Reglamento 1246/2000 de 29 de Mayo completado por el Reglamento 603/2005 del Consejo de 12 de Abril por el que se modificaron las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos.

Posteriormente, ha habido actos modificativos como la propuesta de modificación de 6 de febrero de 2006, y con anterioridad, la Directiva 2001/17 de 19 de marzo relativo al saneamiento y a la liquidación de las Compañías de Seguros ya que empresas de seguros y entidades de crédito quedaron excluidas del reglamento 1246/2000.

Como el análisis del Reglamento ha sido tratado en otras ponencias y otros congresos con abundancia en esta Comisión pasamos a considerar las novedades en la normativa nacional paralelas a normativa comunitaria.

b) La reforma del derecho concursal italiano.

b.1) Características generales.

Sería más correcto de hablar de reformas del derecho de quiebras de la legislación italiana ya que se han realizado más bien modificaciones parciales de la ley de 1942 y se contienen en el Decreto Legislativo nº 35 de 14 de marzo y el Decreto Legislativo 5 de 9 de enero de 2006. Algunos tratadistas contemplan las reformas parciales con cierto desdén poniéndola en comparación con las reformas globales operadas, por ejemplo, en España. Pero el hecho de la reforma global, la promulgación de una nueva ley, no tiene por qué ser ni más acertada ni más operativa que una reforma.

Es cierto que no se contempla un derecho preconcursal. No hay un derecho de prevención de la insolvencia pero incluso en los países como España que ha promulgado una nueva ley tampoco se ha contemplado.

En primer término, la reforma opta por el criterio plural, es decir, se contempla la quiebra o el concurso propiamente dicho y el concordato preventivo y para las grandes empresas, la administración extraordinaria. Con vigencia en las tres situaciones tienen cabida los acuerdos de reestructuración de deudas sobre las que algún autor se pregunta si es una institución concursal o un modo de terminación del concurso.

El elemento subjetivo se mantiene puesto que el "fallimento" solo procede a quien tiene la condición de empresario lo cual puede crear una discriminación puesto que los empresarios comerciales personas físicas pueden conseguir determinadas ventajas (alimentos, moratorias de determinadas deudas, etc.) mientras que los no empresarios y los pequeños empresarios no la poseen.

Por contraposición, el concurso de acreedores es aplicable a cualquier deudor sea persona natural o pública, es decir, el deudor común.

Así pues, se mantiene el presupuesto subjetivo para la declaración de insolvencia.

El presupuesto del "fallimento" es la insolvencia cuya definición no se aparta del tradicional concepto de la incapacidad para satisfacer regularmente las obligaciones contraídas aunque para la fórmula del concordato se habla de estado de crisis.

En cuanto a los órganos, podemos apuntar tres aspectos la figura del "iurite delegato", la específica de la legislación concursal del denominado "curatote" y la inexistencia de una comisión de acreedores que vigile el cumplimiento del convenio.

Se mantiene la tradicional diferencia entre acreedores ordinarios y acreedores con privilegios. No se conocen los créditos subordinados. El sistema de preferencias no se aparta del establecido en las legislaciones concursales del Continente.

Por último, en cuanto al término de los procedimientos no es la misma en todos.

Así, la solución del concordato preventivo es un convenio soportado en un plan y votado por los acreedores.

Por el contrario, en el "fallimento" el procedimiento finaliza por liquidación de la masa activa o por convenio y se mantienen figuras ya desaparecidas en muchas legislaciones como la española como son los convenios de dación en pago.

Si bien el sistema de mayorías para la aprobación del convenio se efectúa entre las diversas clases de acreedores.

b2) Responsabilidad de los administradores.

La responsabilidad penal se mantiene en la propia "lege fallimentare" configurando los delitos de quiebra fraudulenta, quiebra simple y recurso abusivo al crédito.

La responsabilidad civil no se contiene en el derecho italiano como una derivación de la calificación del concurso sino en los términos genéricos de la responsabilidad por daños contenida en las leyes societarias y civiles (art. 2497 del CC y, sobre todo, el artículo 2397 que establece una responsabilidad similar a la de los administradores al factor de hecho o que nadie ha tomado parte en el acto lesivo).

c) La reforma del derecho concursal inglés.

Los posteriores textos a la ley de quiebras (Bankruptcy Act) de 1863 tienen sus antecedentes próximos en los años 1963 y 1985 y, en particular, en el periodo de crisis que comienza en el año 1973 que tiene su desenlace en la ley de insolvencias de 1976.

El denominado Comité Cort elabora un informe sobre la reforma del derecho de insolvencia que concluía en la necesidad de una reforma urgente y necesaria. En fecha 10 de diciembre de 1984, se presentó en la Cámara de los Lores el proyecto de ley de insolvencia que determinó la Insolvency Act de 1986. Texto que durante los años 1989 a 1993 fue sometida a la prueba de la recesión económica. Se observó la insuficiencia del procedimiento de administración judicial y los convenios voluntarios con los acreedores (Ver Doctor Ian F. Fletcher . Cuatro Décadas de Reforma del Derecho de Insolvencia).

Un nuevo informe y, por fin, en el año 2000 entra en vigor la ley de Insolvencias como enmiendas a la legislación básica anterior, concretamente, a la Ley de Insolvencias de 1986 y a la Ley de Inhabilitación de Administradores de 1986.

El proceso se completó el 1 de abril de 2004 cuando se comenzó a registrar un nunca visto número de deudores que no solamente solicitaban la declaración de quiebra sino que se suscribieron un número de convenios voluntarios inusual. Todas estas últimas reformas fueron introducidas por la Ley de la Empresa en la que no están ausentes los criterios de la más que discutible ley concursal estadounidense de 2005.

Por último, en la actualidad, existe un Proyecto en el Parlamento (no sabemos si se habrá convertido ya en Ley en el momento de presentar esta ponencia) para las quiebras sin activo alguno pensado para el consumidor-deudor de escaso pasivo e insolvencia contrastada.

Pero, como quiera que el 31 de mayo de 2002, entró en vigor en toda la Unión Europea el Reglamento Europeo sobre Insolvencia el Reino Unido adoptó el 4 de abril de 2006 la ley modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza con vigencia actualmente en Inglaterra, Gales y Escocia.

Si bien el concepto estaba ya en la legislación anterior, la novedad consiste en penalizar el desarrollo temerario de la actividad económica ya que el anterior criterio penalizaba el desarrollo de la actividad pero de forma fraudulenta. Así, ahora, se relegan conceptos subjetivos de honestidad personal, de difícil valoración, para ligarlos a un criterio económico objetivo.

En realidad, si observamos los ordenamientos concursales del continente, por ejemplo, el español, la responsabilidad de los administradores también tienen, en una u otra forma, estos dos componentes, es decir, la situación de crisis económica y la actitud dolosa o culposa de los administradores para no dar estado legal a la misma en momento y tiempo oportuno.

Es más, el traslado que efectúa la nueva ley concursal española de las deudas sociales a los administradores está muy cercano al criterio de la ley inglesa al fijarlo en las pérdidas incurridas durante el periodo en que se entienda que la sociedad continuó operando en el tráfico indebidamente como ya apuntamos anteriormente.

Según la doctrina (Doctor Ian F. Fletcher) el criterio es impreciso y deja en mano de los Tribunales la concreción de aspectos básicos de la responsabilidad de los administradores.

La legitimación tiene ciertas restricciones porque, si bien puede hacerse efectiva ante el Juzgado que decreta la liquidación, solamente el liquidador de la sociedad está legitimado para presentar la solicitud de responsabilidad y solamente cuando la Sociedad haya alcanzado la situación de liquidación por insolvencia. Por cierto, es importante reseñar el concepto de insolvencia del art. 214 por las concomitancias tan reiteradas que hemos expuesto entre toda la legislación occidental. El citado precepto define *“una sociedad entra en liquidación por insolvencia en el momento en que sus activos son insuficientes para pagar sus deudas y otro pasivo y los gastos de liquidación”*.

El aspecto subjetivo, doloso, que exige la declaración de responsabilidad contiene algunas precisiones. Así, se debe determinar o probar que el administrador presunto responsable tenía conocimiento o debía haber tenido conocimiento que no había “posibilidad razonable” de que la sociedad pudiera evitar la situación de liquidación por insolvencia. En terminología concursal, podríamos decir que lo anterior

es el presupuesto de hecho básico y además, en otro orden de cosas, se extiende al administrador de hecho. Existe una importante salvedad que no se produce en otros ordenamientos y que se encuentra ligada a la determinación del momento en que debió conocerse la situación de insolvencia: el administrador dimisionario en el momento de conocerse o poder conocerse la insolvencia en los términos anteriormente expresados se verá exento de responsabilidad. Sin embargo, cualquier cese o renuncia posterior a la exteriorización de la insolvencia no evita la responsabilidad.

Parte de la doctrina opina que la precisión del concepto *"continuar operando indebidamente"* se puede encontrar completada o matizada por el hecho de incurrir en ulteriores deudas después de la manifestación de la situación de insolvencia. De donde se infiere que la responsabilidad del administrador se constriñe a trasladar los pasivos posteriores a ese momento de evidencia de la insolvencia. Técnica que también acoge la ley concursal española. Es más el Tribunal deberá definir el quantum de las aportaciones a exigir a los administradores e incluso su responsabilidad.

Así, en reciente sentencia de la escasa jurisprudencia que existe todavía podemos leer:

"Prima facie, la cantidad adecuada de la que el administrador debe responder es la cantidad en la que se estima que el patrimonio de la sociedad ha sido menoscabado por la conducta del administrador y que están en la base del margen de discrecionalidad previsto en el art. 214 (Produce Marketing Consulting Ltd., citado por Fletcher)".

Tiene un interés generalizable la relación de elementos subjetivos como objetivos que el repetido art. 214 recoge como hechos que debieron ser conocidos o verificados y las conclusiones que se debieron obtener con una razonable diligencia. En ese sentido, el conocimiento y experiencia de otra persona que lleve a cabo las mismas funciones que el administrador presuntamente responsable y el conocimiento y experiencia que el propio administrador posee son dos parámetros básicos para establecer la responsabilidad.

Se proporciona a los Tribunales, por tanto, un criterio comparativo, un medio de formar convicción. En cualquier caso, se excluye el desconocimiento o exceso de confianza por estimar que incurre en negligencia.

Al administrador le cabe la posibilidad de contrarrestar la anterior prueba aportando la evidencia de que adoptó todas las medidas necesarias para minimizar la pérdida proporcional de los

administradores y, para medir tal conducta diligente, los Tribunales pueden acudir también a la prueba comparativa referida. Por tanto, en nuestra opinión, sí podría ser exculpatorio la contratación de asesores externos que elaboren planes de reestructuración aunque no los intentos dilatorios.

El plazo de caducidad es de 6 años por contraposición a las otras legislaciones continentales que es el ordinario.

Se mantiene el instituto de la inhabilitación por decreto del Tribunal (art. 10 de la Ley de Inhabilitación de Administradores) y puede ser declarado incluso de oficio dejándose la posibilidad de instarlo a los liquidadores.

El capítulo de las costas de acción de responsabilidad merece una atención específica porque, en resumen, pueden no ser consideradas como gastos de la masa y sea de difícil recuperación. No obstante, el inconveniente del sistema, este punto ha sido matizado por reformas posteriores que buscan cubrir las costas cuando exista aprobación judicial o del comité de liquidación.

Para terminar, una nota crítica sobre lo examinado.

Parece que el art. 214 abre posibilidades hasta cierto punto inéditas y, por tanto, debe ser saludado favorablemente. Parte de la doctrina estima que podría ser considerado como arma negociadora por el administrador pero lo cierto es que la complejidad y dilación de cualquier instituto de los procedimientos de insolvencia puede utilizarse o al menos intentarlo con los mismos fines.

Inicialmente, con independencia del desarrollo práctico que se vaya haciendo, es ya una advertencia importante que pueda ayudar a la diligencia de los administradores, ser una garantía de la protección de los intereses de los acreedores y, desde luego, disuasorio para conductas negligentes o maliciosas.

▣ B V 25-93

“...Si a un súbdito de *Nuhia*, a un súbdito de *Emut-balum*, a un súbdito de *Ida-maraz*, a un súbdito de *Uruk*, a un súbdito de *Isin*, a un súbdito de *Kisurra* o a un súbdito de *Malgûm* le han agobiado las deudas y ah tenido que entregar su propia persona, su esposa o... a cambio de plata, como prenda, o para ponerse a servir dado que el rey le ha restablecido la equidad al País: queda todo condonado; se considera efectuada su puesta en libertad...”

B V 36-VI 9 100

“...Si una esclava o un esclavo nacido en casa de un súbdito de *Numhia*, de un súbdito de *Emut-balum*, de un súbdito de *Ida-Maraz*, de un súbdito de *Uruk*, de un súbdito de *Isin*, de un súbdito de *Kisura*, de un súbdito de *Malgûm* (...) es vendido por plata, o puesto a servir, o entregado en prenda, no se efectuará su puesta en libertad...”