

VI Congreso Español de Derecho de la insolvencia

La separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación

Por José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Coruña. Socio de Dictum

I.- CONSIDERACIONES GENERALES. II.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA DURACIÓN DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. 1.- **Duración de la Liquidación y dilación indebida.** 2.- **Factores que concurren en el carácter indebido de la dilación: ¿ilícito –subjetivo-, o pura situación objetiva de dilación?** 3.- **La separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación: concepto y naturaleza jurídica.** 3.1.- Concepto de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación. 3.2.- Naturaleza jurídica de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación. 4.- **Forma de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación: el procedimiento y la forma de su resolución.** 5.- **Consecuencias institucionales.** 6.- **Consecuencias patrimoniales.**

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

Situado en la Secc. Tercera, del Cap. II, Tít. Vº, que lleva por título “*De las operaciones de Liquidación*”, de la Ley nº 22/2003 de 09.07.2003, Concursal [LConc.], el art. 153 trata de la “*separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación*”, disponiendo que:

“1. Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos.

2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos.

3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación

4. Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198” (¹)

La primera reflexión que suscita el propio título del precepto en cuestión es, más que jurídica, lingüística, toda vez que nos hallamos en presencia de un sintagma extenso, formado por una serie de palabras en las que aquella que pudiera considerarse que constituye uno de sus núcleos (²); acaso el más importante –me refiero al sustantivo “separación”- posee un significado frecuentemente plurívoco y pleno de facetas diversas, ya que –limitándonos al plano de los “nomina iuris”; de las denominaciones de las instituciones jurídicas- posee manifestaciones, además de la que aquí se analiza, también en el Derecho de Familia [arts. 81 al 84 del Código civil (CC.), que contemplan la separación de los cónyuges, como acto y proceso que “*produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*”]; en el Derecho de sociedades, como forma de disolución parcial y como modalidad del cese de los administradores y otros órganos sociales de gestión y control, y en el Derecho Administrativo –y judicial- disciplinario-sancionador [art. 96, nº 1, apdo. a), de la Ley nº 7/2007, de 12.04.2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye –como primera de las sanciones disciplinarias, a las que pueden estar sometidos los funcionarios-, la “*separación del servicio ..., que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves*”, o art. 420, nº 1, apdo. e) de la Ley Orgánica nº 6/1985, de 01.07.1985, del Poder Judicial (LOPJ.), que hace lo propio, al incluir la “separación” entre las “*sanciones que se pueden imponer a los Jueces y Magistrados por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos*”], aunque es preciso reconocer que ya el complemento –“*de los administradores concursales*”- que indica la referencia de aquél sustantivo, formando por sí misma –con la referencia a la “separación”- todo un sintagma nominal, contribuye a esclarecer notablemente a qué rama del Ordenamiento jurídico afecta el fenómeno descrito, desvaneciéndose –finalmente- buena parte de las dudas cuando se analiza el otro núcleo sintáctico –“*Liquidación*”-, del cual, pese a todo, tampoco se puede decir que resulte un concepto claro y diáfano, salvo que se aclare que nos referimos a la Liquidación concursal, porque el

¹ - BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: “El Procedimiento de Liquidación en el Concurso de acreedores”, en “*Foro Galego. Revista Xurídica*”, 2004, nº 193, VIIª época, 2ª semestre, p. 15, quien se refiere a este precepto como una de las “*varias normas imperativas*” que la Ley Concursal nº 22/2003, de 09.07.2003, dicta en relación con la realización de las operaciones de liquidación. HUALDE LÓPEZ,I.: “*Régimen jurídico de la Administración Concursal en la Fase de Liquidación del Concurso*”, edit. THOMSON – CIVITAS/ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 157. NOVAL PATO,J.: “*La separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación*”, Comunicación inédita presentada al “*VIº Congreso Español de Derecho de la Insolvencia [CEDIN.]*”, p. 1 [de 5].

² - La Ciencia Lingüística reconoce que un sintagma puede incluir varios núcleos [MILLÁN CHIVITE,A.: “Un modelo de análisis gramatical”, en “*Cauce. Revista de Filología y su didáctica*”, 1984, nº 7, ps. 169 *passim*. IÑARRA,M.: “Análisis sintáctico: ‘Cien años de soledad’”, p. 1, n. (1), en <<http://miguelinarra.files.wordpress.com/2012/02/anacc81lisis-sintacc81ctico-cien-ancc83os-de-soledad-013.pdf>>]

término “liquidación” aparece con diverso significado, en el ámbito del Derecho Concursal, pero también en el Derecho de sociedades, en el Derecho del Sistema financiero, en el Derecho tributario, etc. En efecto; el término “liquidación” es un término polisémico: en una primera acepción, designa la “acción y efecto de liquidar”; definición sencilla y –en principio- aporética, aunque cualquier tentativa de un más profundo pormenor obliga a enfrentarse con la definición del propio verbo “liquidar”, momento en el cual estalla toda la dificultad latente.

Y es que, a su vez, al verbo “liquidar”, nos remite a nociones como las de “hacer el ajuste formal de una cuenta”, “saldar o pagar enteramente una cuenta”, “poner término a una cosa o a un estado de cosas”, “gastar totalmente algo, especialmente dinero”,... o “hacer ajuste final de cuentas una casa de comercio para cesar en él”. En este sentido, las referencias son, ya diversas, aunque relacionadas: liquidar se asocia a la idea de ajustar una cuenta, que –a su vez- significa reconocer y liquidar su importe, aunque entonces no se sabe muy bien si se trata de calcular la suma o importe aludido, o si se trata –más bien- de abonar ese importe, debidamente justificado, extinguiendo –así- la deuda preexistente, o si –en definitiva- se trata de ambas cosas simultáneamente. Es más: de hecho –y para terminar-, el término liquidación también podría llevar implícita una referencia al término “liquidez”, como “cualidad del activo de un banco que puede transformarse en dinero efectivo” y así un largo etcétera ⁽³⁾. Algunos de estos significados o ideas afines no parece que tenga sentido aplicarlos al término “liquidación”, cuando se emplea en el contexto del Derecho Concursal. No digamos otros, como el que se refiere a “desembarazarse de alguien, matándolo”, a no ser que aquello a lo que –figuradamente- se da muerte sea a una sociedad con personalidad jurídica, que hubiera devenido insolvente. Con todo y esto, aún quedarían dos acepciones del término “liquidación” que podrían predicarse de la referida actividad: la que la hace equivaler a la idea de pagar o extinguir deudas y la que la hace equivaler a determinar cuantitativamente el importe de las mismas, aunque –por lo que a esta última acepción se refiere- he de reconocer que sus posibilidades de utilización en este contexto son relativamente reducidas, puesto que no es en la Fase de Liquidación concursal donde se procede a la determinación del Pasivo, sino en la –previa- Fase Común.

Es más; a decir verdad, si uno lee las rúbricas que titulan los distintos apartados de la Ley Concursal, en seguida puede percibir que, para el Legislador de 2003, el término “liquidación” se distingue formalmente de la alusión al “pago a los acreedores”, aunque –como dije- se trata de dos nociones distintas pero estrechamente relacionadas. Por una parte, la relación se aprecia, en la medida en que el “pago a los acreedores” es la rúbrica que sirve de título a la Secc. Cuarta, del Cap. II, Tít. Vº, LConc., donde convive con las demás Seccs. Primera a Tercera que se refieren –todas ellas- a la “Liquidación”, pues tratan –respectivamente- de la “apertura de la fase de liquidación”, de los “efectos de la liquidación” y de las “operaciones de liquidación”: Por tanto, el Cap. II, Tít. Vº, que se refiere a la “Fase” de Liquidación, engloba –entiéndase que como parte de esa “fase” del Concurso-, el tratamiento del pago a los acreedores ⁽⁴⁾, luego es evidente que este último tiene que guardar

³ .- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA: “Diccionario de la Lengua”, 22ª ed., 1992, p. 893

⁴ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: “El Procedimiento de Liquidación ...”, cit., p. 11. BLASCO GASCÓ,F. de P.: “La Fase de Liquidación concursal”, en VV.AA.: “La Nueva Ley Concursal”, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, vol.

una relación sustancial muy intensa con la Liquidación, aunque esa relación no sea de identidad.

Mas, a la inversa, pese a lo que se acaba de exponer, no es posible pasar por alto el hecho de que la Ley emplea expresiones distintas: mientras que las Seccs. Primera a Tercera se refieren –todas ellas- a la “Liquidación”, en cambio la Secc. Cuarta no vuelve a utilizar ese término, y habla –solamente- del pago de las deudas. Ergo alguna diferencia tendrá que haber. Es más; para centrar el problema en torno a la “separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación”, no cabe sino advertir que el art. 153 se encuentra en la Secc. Tercera, del Cap. II, Tít. Vº, LConc., y no en la Secc. Cuarta, de forma que –en apariencia- la “liquidación” indebidamente prolongada, que da lugar a la posible separación de los Administradores Concuriales, es algo que no incluye el pago de las deudas, a sus acreedores. Así pues, cabe concluir que –cuando menos, en apariencia- la noción de la “liquidación”, a estos efectos, no incluiría las operaciones de pago. Que este sea el enfoque correcto, o incluso que sea el planteamiento adecuado, es algo que todavía queda por analizar, y así se hará posteriormente.

Por consiguiente, mientras llegamos al momento idóneo para analizar la cuestión aludida, parece que habremos de buscar otro sentido al término “liquidación”, tal como se emplea en el art. 153, LConc. Y, a este respecto, quisiera señalar que distinguiéndose o apartándose, siquiera parcialmente, del criterio de nuestra Academia de la Lengua, el Diccionario de María Moliner incluye –como 5ª- esta acepción de la voz liquidar, que relaciona –a su vez- con el sustantivo liquido: “vender un establecimiento comercial todas o algunas de las mercancías con rebaja de precio”, mientras que de la voz liquidación ofrece sólo dos definiciones, la segunda de las cuales es la siguiente: “Venta especial que se hace en las tiendas en ciertas ocasiones con rebaja de precios, por ejemplo para terminar cierta mercancía. Barato, quemazón, rebaja, rebaja de precios, saldo, venta post balance. Fin de temporada, restos, retales. Liquidar, realizar, rebajar, rematar, saldar”. Aparece, aquí, otra noción de interés para los efectos de estas reflexiones: rematar. Pues bien; rematar es –entre otras acepciones- estas dos, enumeradas como quinta y sexta: “vender más barato lo último que queda de una mercancías” y “dar por terminada la puja en una subasta, adjudicando la cosa subastada al mejor postor”.

A decir verdad, la Liquidación Concursal tiene un poco de todo lo descrito, y –en este sentido- resulta de primordial importancia lo dispuesto en el art. 148, nº 1, LConc. cuando alude al “plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso”, que habrán de elaborar y presentar al Juez, los Administradores del concurso, y que, “siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos” (5). Por consiguiente, la liquidación concursal consiste –en esencia- en la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa, por lo que bien se puede

XVIII, edit. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 2003, p. 503.

⁵ .- HUALDE,I.: “El Plan de Liquidación”, Comunicación inédita presentada al “VIº Congreso Español de Derecho de la Insolvencia [CEDIN.]”, p. 1 [de 23], quien señala que “[e]l plan de liquidación puede ser definido como el documento que tiene por objeto el diseño de las pautas y los tiempos con arreglo a los cuales debe desarrollarse la realización de los bienes y derechos de la masa activa concursal, así como el subsiguiente pago de los créditos, según el orden de prelación legalmente establecido”.

concluir que, en este caso, la acepción jurídica y la acepción vulgar del término coinciden, porque –y nuevamente recurro al Diccionario de María Moliner- realizar es, en su segunda acepción, “*vender para convertirlos en dinero las fincas o bienes de cualquier clase que se poseen. Vender mercancías a bajo precio para obtener prontamente dinero*”, y –desde esta perspectiva- se presenta como sinónimo de liquidar.

La cuestión es si el término “*liquidación*” consiste, simplemente, en esa reducción a metálico de los bienes y derechos que forman un patrimonio; en su conversión en efectivo, con objeto de saldar las deudas y -finalmente- distribuir el remanente entre una pluralidad de personas, ya se trate de quienes están mutuamente vinculados por una relación jurídico-societaria o asociativa –liquidación social-, ya se trata de quienes, simplemente, concurren sobre un mismo patrimonio insolvente, por su común calidad de acreedores, sin que esta condición signifique, entre ellos, otro vínculo que el que resulta de su adhesión al Proceso concursal, o bien si –además- comporta la partición del patrimonio concursal “*in specie*”. En el primer caso, la liquidación supondría reflejar una “*divissio valoris bonorum*”, y no –como la Partición- una “*divissio bonorum*”.

En realidad, este es un problema más propio del Derecho de sociedades, porque algunas sociedades, cuando se disuelven y se van a extinguir, se someten al régimen jurídico de la Partición.

Ciertamente, en las sociedades mercantiles ha prevalecido, frente a la Partición estricta; frente a la “*divissio rei communis*”, la Liquidación, propiamente dicha. Mas, en cualquier caso, el Derecho Concursal prefiere la indivisión de las empresas... y la división –concursal- de su precio de realización. Por esta razón, la imagen que me parece más convincente es la de la Liquidación Concursal como reducción a metálico o conversión en dinero de los activos que integran la Masa del Concurso, para aplicar el monto global obtenido en pagar a los acreedores integrados en la Masa Pasiva, cuyos acreedores –en principio y de forma natural, aunque no por necesidad ineludible- serán varios; muchos tal vez, siendo así que las normas del Derecho Concursal, lo que previenen -cuando se produce la liquidación- es dividir lo que se ha de compartir en común [“*par conditio creditorum*”]; pero efectuar esa división “*in pecunia*”, y –por tanto- mediante la conversión en dinero, a través del cauce de la compraventa, de los bienes y derechos que formen parte del patrimonio concursal. De este modo, si existe una prolongación indebida, por la que pudiera proceder la separación de los Administradores Concursales, es aquella que se refiere o que afecta a las “*operaciones de la liquidación*”; es decir: desde la presentación del plan de liquidación y la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, ya sea de forma separada, o por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, hasta llegar a la presentación al Juez del Concurso, del Informe final justificativo de las operaciones realizadas, en que se razone –inexcusablemente- que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado, lo que es tanto como decir que ha concluido ese conjunto de operaciones de realización de los bienes; de conversión de ellos en dinero (6). Así se deduce de una simplísima –pero acertada- interpretación gramatical y, sobre todo,

⁶ .- VELASCO SAN PEDRO,L.: “El Plan de Liquidación y las reglas supletorias de liquidación, en el Concurso”, en VV.AA.: “*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, t. Vº, “*Liquidación concursal. Conclusión y reapertura del Concurso. Calificación del Concurso. Supuestos especiales*”, edit. MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA [UNICAJA]/CAJA DE

sistemática, ya que –como dije- no podemos perder de vista el hecho de que el art. 153, LConc. se encuentra sistemáticamente incardinado –como último de sus preceptos- en la Secc. Tercera, del Cap. II, Tít. Vº, LConc., que versa –y así lo revela su propia denominación- sobre *“las operaciones de liquidación”*.

Pero el colofón de este sintagma es un complemento circunstancial que alude a la razón de ser o fundamento inmediato de la separación de los administradores concursales: la *“prolongación indebida de la liquidación”*, que es el que revela que nos encontramos en presencia de una de las innumerables manifestaciones de lo que se conoce como la trascendencia o la relevancia del tiempo en las relaciones jurídicas; es decir: como los efectos jurídicos del transcurso del tiempo.

No podemos olvidar que ya el propio Código civil español dedica su art. 5º a regular el cómputo de los plazos, como hace el art. 60, del Código de comercio, o el art. 48 de la Ley nº 30/1992, de 26.11.1992, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común [LRJAP.y PAC.].

En el ámbito jurídico, la eficacia del tiempo posee diversas y numerosas manifestaciones, entre las cuales destacan –sin ser las únicas- las figuras de la Prescripción y también de la Caducidad, también conocida como Decadencia o Preclusión, que –p.e.- constituyen formas en que puede extinguirse las obligaciones mercantiles y civiles (7) (8). Para comprobar la veracidad de lo que se acaba de exponer, no hay más que leer los

AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA [CAJASUR]/MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES,S.A., Madrid/Barcelona, 2005, p. 4788, quien señala que, *“en el marco de un procedimiento concursal, la liquidación supone realizar o enajenar el patrimonio del deudor para convertirlo en dinero, y con ese dinero paar a los acreedores por su orden”*.

⁷ - CASTÁN TOBEÑAS,J.: *“Derecho civil español. Común y Foral”*, t. I, *“Introducción y Parte General”*, vol. 2º, *“Teoría de la Relación Jurídica. La Persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos”*, edit, REUS,S.A., 12ª de. Revisada y puesta al día por J.L.De los Mozos, Madrid, 1978, 1978, ps. 954 y ss. BONET RAMÓN,F.: *“Compendio de Derecho Civil. Adaptado a los programas de oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial y a Notarías y al plan de estudios de las Facultades de Derecho”*, t. I, *“Parte General”*, edit. REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1959, p. 762.

⁸ - *“El título XVIII y último del Libro IV del Código civil está dedicado a la prescripción. Consta de tres capítulos, el primero de los cuales (arts. 1930 a 1939) contiene disposiciones generales y comunes a las dos clases de prescripción, la adquisitiva o usucapió y la extintiva... el capítulo tercero (arts. 1961 a 1975) está dedicado a la prescripción extintiva, que califica de ‘prescripción de las acciones’”* que puede afectar -extintivamente- a *“los derechos y las acciones de cualquier clase que sean”* [PUIG BRUTAU,J.: *“Caducidad, prescripción extintiva y usucapión”*, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL,S.A., Barcelona, 1988, ps. 3 y 26]. Asimismo, vid. DE PABLO CONTRERAS,P.: *“Capítulo 9. Extinción de los derechos subjetivos. Prescripción y caducidad”*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ,C., DE PABLO CONTRERAS,P., PÉREZ ÁLVAREZ,M.A. y PARRA LUCÁN,Mª.A.: *“Curso de Derecho civil”*, t. I, *“Derecho Privado. Derecho de la Persona”*, edit. COLEX, Madrid, 1998, ps. 241 y ss., aunque el autor matiza que el objeto de la prescripción –lo que prescriben- son *“las acciones, pero no en el sentido estricto y procesal del término, sino en el sustantivo de pretensiones (o, lo que es igual, ‘acciones en el sentido del Derecho civil’)*. Lo que prescriben son,..., cada una de las concretas facultades de exigir a otro una cierta conducta que tiene el titular de un derecho subjetivo”, aclarando –posteriormente- que *“[!]a acción o pretensión nace del derecho aunque no se*

arts. 942 al 955 del Código de comercio, de 22.08.1885 [en adelante, CCo. o Cco./1885], o los arts. 322 [ejercicio de la garantía en los préstamos con garantía de valores], 336 y 342 [denuncia de vicios en la compraventa] u 835, CCo. [protesta de abordaje], así como el art. 63 de la nº 19/1985, de 16.07.1985, Cambiaria y del Cheque [en adelante, LCCH.] o el art. 205, del Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, aprobado por Real Decreto legislativo nº 1/2010, de 10.07.2010 [en adelante, TRLSocs.cap.].

Por otra parte, el Tiempo presenta una manifestación jurídica muy característica en el ámbito de las obligaciones; más precisamente, en el plano de su cumplimiento o incumplimiento, que es la Mora, o bien – alternativamente- del llamado Término esencial; don figuras que –en última instancia- pueden reconducirse a lo dispuesto en el art. 1101, CC., cuando alude a la “morosidad”, como forma de “contravención del tenor de las obligaciones”.

Otra manifestación de la importancia del tiempo es la que incide de modo especial sobre las instituciones jurídico-procesales. Ciertamente, el Proceso Civil ya no es –como antaño- plenamente “escrito, mediato y dominado por la preclusión”, pero no lo es, ya, porque han prevalecido dos principios opuestos a dos de los tres mencionados: ahora prevalecen la oralidad y la inmediatez... Pero subsiste el dominio de la preclusión. Mas, paradójicamente, la Preclusión que resulta penalizada es la que se produce por la incuria de los justiciables; por el retraso de las propias Partes litigantes... cuando existen retrasos y dilaciones imputables a la Administración de Justicia ⁽⁹⁾. Por consiguiente, si hay una manifestación de la importancia del Tiempo en las relaciones jurídico-procesales, con evidente trascendencia sobre el Concurso, es la de las “dilaciones indebidas en la tramitación del proceso”; expresión que tomo directamente del art. 24, nº 2 de nuestra Constitución de 28.12.1978 ⁽¹⁰⁾, porque es este artículo el que reconoce, en el nivel más elevado de nuestra

identifique con él; y, por eso, prescrita una acción, el derecho subsistirá si sigue protegido por otras, pero habrá de considerarse extinguido si prescriben todas las que de él emanen, porque no cabe concebir el derecho como existente, solo que carente de acción”.

⁹ - PUY MUÑOZ,F.: “Sobre demora y puntualidad judicial”, Discurso leído el día 16 de febrero de 2001 en la solemne sesión de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación [y Contestación de D. José BONET CORREA], La Coruña, 2001, p. 13, quien señala ser su convicción “que la demora judicial es hoy el problema más grave que aqueja a la administración de justicia en España; y, por tanto, que aqueja al Derecho español entero, si, como pienso, ‘el derecho es, sustancialmente, lo que ha sido aprobado por jueces magistrados, sancionado por legisladores o normadores, y justificado por profesores o académicos’”.

¹⁰ - RODÉS MATEU,A.: “El derecho a un Proceso sin dilaciones indebidas. Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el Ordenamiento jurídico español”, edit. ATELIER, Barcelona, 2009, ps. 19, 24 y passim. GARCÍA BECEDAS,M^º.J.: “Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas”, en “Noticias Jurídicas”, febrero 2011, <<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201102-35795145685223574.html>>, que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas, conforme previene el art. 24, Const.Esp. GARCÍA-MALTRÁS DE BLAS,E.: “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible”, en “In-Dret. Revista para el análisis del Derecho”, 2007, nº 2, p. 12, en <http://www.indret.com/pdf/419_es.pdf>. ESPINOSA DE RUEDA JOVER,M.: “Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales”, en “Revista Jurídica Región de Murcia”, 1995, nº 19, p. 11, quien señala que “[m]ención aparte,

pirámide normativa, este derecho , que –además- no hay que entenderlo restringido exclusivamente al ámbito de los procesos penales, sino que abarca todo proceso judicial, incluidos los que pertenecen a la Jurisdicción Civil (¹¹), como bien ha venido a demostrar la STC., Sala Segunda, nº 178/2007, de 23.07.2007 (¹²), cuyo

dentro del tema del funcionamiento anormal que tratamos, es el de las dilaciones indebidas, que soporta el justiciable, consecuencia, en gran medida, de escasez de medios materiales y personales o movilidad de estos, exceso de trabajo, etc. No obstante su posible justificación, el justiciable no tendría porqué soportar las deficiencias del servicio, pudiendo ejercer acciones contra el Estado, como responsable de la organización del servicio". MANJÓN-CABEZA OLMEDA,A.: *"La Atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas"*, edit. DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.A., Madrid, 2006, ps. 97 y s., quien señala que este derecho se reconoce tanto en el art. 24, nº 2, Const.Esp., como en el art. 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH), y –para los procesos penales- en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York [art. 14, nº 3]

¹¹ - MANJÓN-CABEZA OLMEDA,A.: *"La Atenuante analógica de dilaciones..."*, cit., ps. 97 y s., quien señala ser cosa sabida que el art. 24, nº 2, Const.Esp. *"recoge un 'derecho a un proceso...sin dilaciones indebidas', que debe de referirse a todas las jurisdicciones"*. GIMENO SENDRA, J. V., *"Causas históricas de la ineficacia de la justicia"*, en *"Justicia"*, 1987, nº 3, ps. 579 y s. Idem: *"La reforma urgente y la «aceleración» del procedimiento civil"*, en *"Justicia"*, 1985, nº 2, ps. 341 y ss. REVERÓN PALENZUELA,B. y MELERO BOSCH,L.: *"Modernización de la Justicia Civil: las Oficinas de Señalamiento inmediato y las nuevas atribuciones de los procuradores de los tribunales"*, p. 1 [de 11], nota 1, en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp21rev.pdf>, quienes señalan que *"una Justicia Civil moderna ha de cumplir con las exigencias constitucionales, consistentes en prestar, en primer lugar, una justicia «material» (porque la tutela que han de dispensar los Jueces ha de ser exclusivamente «de los derechos e intereses legítimos»); en segundo lugar, derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas», y finalmente de «eficacia», lo que implica una sujeción de las partes a los fines del proceso, así como el establecimiento de todo un conjunto de medidas cautelares y de ejecución que aseguren y hagan practicable la sentencia"*.

¹² - Vid. ref. en CABALLERO AGUADO,J.: *"Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por demora en dictar sentencia"*, en *"Procuradores"*, 2007, nº 70, octubre, ps. 48 y ss. y en <http://www.cgpe.es/descargas/revista/70/48-51Jurisprudencia.pdf>, quien refiere los siguientes hechos: una entidad mercantil formuló Recurso de amparo, por entender que se había violado su derecho a no padecer dilaciones indebidas en un proceso civil en el que, tras la tramitación del procedimiento iniciado por élla mediante demanda presentada el 30.09.2003, tuvo lugar el juicio el día 29.04.2005, sin que con posterioridad a este momento se hubiera procedido a dictar la sentencia correspondiente, pese a que en al menos tres ocasiones se solicitó del juzgado que se pronunciara. El ministerio público interesó la estimación del amparo al considerar que ni la complejidad del proceso, ni la actitud procesal diligente de la sociedad actora, podían justificar la extraordinaria demora en dictar la sentencia que habría de poner fin al proceso. Y, así, en aplicación de la doctrina del propio Tribunal Constitucional (STC. nº 100/1996, de 11.06.1996; STC. nº 140/1998, de 29.06.1998; STC nº 32/1999, de 08.03.1999; STC. nº 58/1999, de 12.04.1999; STC. nº 153/2005, de 06.06.2005 y STC. Nº 4/2007, de 15.01.2007), la sentencia llega a la constatación de que ha resultado lesionado el derecho fundamental invocado porque, prescindiendo de las paralizaciones que el curso procesal padeció entre la presentación de la demanda y la celebración del juicio oral, pues no consta que frente a tales paralizaciones o pretendidas demoras se cumpliera con el requisito de denunciarlas, *"lo cierto es que desde la fecha del juicio comenzó el término para dictar sentencia, que no había sido pronunciada al tiempo de formularse la demanda de amparo (el día 15 de febrero de 2007)"*. Y añade que la Sentencia también manifiesta que *"los más de veintiún meses transcurridos sin que el juez dictase la sentencia correspondiente exceden con mucho del tiempo que razonablemente cabe admitir por encima del determinado legalmente para pronunciar*

ponente fue D. G.J.Jiménez Sánchez, dictada en resolución de un recurso, y por la que se reconoció haber sido vulnerado el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en la tramitación de un juicio ordinario ante un Juzgado de Primera Instancia, y –por tanto- en un proceso civil; no penal. Pero es que antes de esta sentencia, había habido otras, como la STC., Sala Segunda, nº 313/1993, de 25.10.1993 (STC., Sala Segunda, nº 313/1993, de 25.10.1993; Ponente: D.Carles Viver Pi-Sunyer, recaída en Recurso de Amparo núm. 1801/1991, en RTC 1993\313) que otorgó el amparo solicitado en relación con la tramitación –por parte de un Juzgado de Primera Instancia- de un juicio ejecutivo, en el que había recaído sentencia de remate, pues dictada ésta en el año 1987, el Juzgado permaneció inactivo sin realizar las actuaciones correspondientes a la fase de ejecución durante más de tres años; o la STC., Sala Primera, nº 69/1994, de 28.02.1994 (STC., Sala Primera, nº 69/1994, de 28.02.1994; Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, recaída en Recurso de Amparo núm. 3229/1992, en RTC 1994\69), en la que se declaró la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por la paralización durante más de un año de un procedimiento civil, al concurrir una injustificada –e injustificable- inactividad judicial durante un año, desde la providencia que declaró conclusos los autos hasta que se dictó sentencia; o la STC., Sala Primera, nº 144/1995, de 03.10.1995 (STC., Sala Primera, nº 144/1995, de 03.10.1995; Ponente: D. Pedro Cruz Villalón, recaída en Recurso de Amparo núm. 2648/1994, en RTC 1995\144), en la que el TC. apreció dilaciones indebidas por la inactividad judicial durante más de dos años en la tramitación de un proceso civil y en la adopción de una medida cautelar de suspensión de los acuerdos que se impugnaban, por estimar que tal paralización carecía, asimismo, de toda justificación. También cabría mencionar la STC., Sala Primera, nº 10/1997, de 14.01.1997 (STC., Sala Primera, nº 10/1997, de 14.01.1997; Ponente: D. Enrique Ruíz Vadillo, recaída en Recurso de Amparo núm. 2571/1995, en RTC 1997\10) que estimó concurrir la lesión del derecho fundamental reconocido en el art. 24, nº 2, Const.Esp., por la paralización desde junio de 1994, fecha del emplazamiento en un juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de cantidad, hasta julio de 1995 en el que se presentó la demanda de amparo. Esto es, por el transcurso de más de doce meses en la fase inicial del proceso, sin que el órgano judicial realizara ninguna actuación ⁽¹³⁾. Y, así, podríamos citar un largo “et cætera”.

II.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA DURACIÓN DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

II.1.- Duración de la Liquidación y dilación indebida.

sentencia”.

¹³ - Vid. refs. en PERELLÓ DOMENECH,I.: “Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *“Jueces para la Democracia. Información y debate”*, 2000, nº 39, noviembre, p. 24, y en [---

C/ Marqués de la Ensenada 14-16, planta 1ª, oficina 17 - 28004 Madrid. Tel. 913 913 399 – Fax 913 084 209 \[www.dictumabogados.com\]\(http://www.dictumabogados.com\)](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialognet.uniri-oja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F174833.pdf&ei=4WP8UsGLLu2O7QaKvYD4AQ&usg=AFQjCNGjv2sHTWAnVTF59V_fG_L_Zk1-Mw&sig2=O4HqcZVzJ73SqG2Kwf79Cg>.”</p></div><div data-bbox=)

Ahora bien; como todo procedimiento judicial; como todo proceso, el Concurso constituye una realidad *cronológicamente delimitada* y temporalmente *limitada*. La sucesión de los actos que lo integran se despliega a lo largo del tiempo, y que debe tener un comienzo y un término; un final ⁽¹⁴⁾. Existen una *“conclusión”* del Concurso, e incluso una posible *“reapertura”* del mismo, como reflejan los arts. 176 y ss., LConc. El Concurso, en tanto que proceso judicial, no puede subsistir *“ad aeternum”*, y lo mismo puede terminar por la satisfacción de los débitos de los acreedores, que por la imposibilidad de dar satisfacción a las reclamaciones de cantidad de ellos, debido a la insuficiencia del patrimonio neto reunido en forma de Masa Activa.

Ahora bien; **¿cuánto debe durar el Concurso?** Es decir: **¿cuál debe ser la duración máxima que éste alcance?** Desde luego, por lo que a la Fase de Liquidación se refiere, ya se ha visto que –según revela la E.M./LConc.- aunque es evidente que el Legislador español deseaba fijar unos límites más o menos claros, lo cierto es que no lo hizo, o al menos no lo hizo con la contundencia y explicitud que hubiera sido posible: la Ley –decía el Prof. Emilio BELTRÁN ⁽¹⁵⁾- *“no se refiere a la finalización de la liquidación ni siquiera al enumerar las causas de conclusión del Concurso. En consecuencia –continuaba- la finalización de la Liquidación, que obviamente es causa de conclusión del Concurso, debe considerarse incluida, alternativamente, en alguno de los dos hechos siguientes de conclusión del Concurso, que pueden producirse ‘en cualquier estado del procedimiento’ y, por tanto, durante la Fase de Liquidación: Cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, que –como se señala expresamente- puede producirse por cualquier medio (art. 176.1-3º), incluyendo, por tanto, el pago derivado de la liquidación, o cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del Concursado, o de terceros responsables con que satisfacer a los acreedores (art. 176.1-4º), lo que evidentemente puede concurrir durante la liquidación y ocurrirá siempre que la liquidación de la masa activa sea insuficiente para la satisfacción de todos los acreedores”*. La cosa está clara y resulta totalmente lógica: el Concurso es un Proceso, y el Proceso debe tener un Objeto. Y si el Objeto del Proceso son las pretensiones y las resistencias que en él se deducen, y que en él –da ganas de parafrasear al Misal, y decir: *“Por el Proceso, con él y en él”*- deben satisfacerse, entonces, tratándose del Concurso, **de lo que se trata es de satisfacer pretensiones ejecutivas de suma dineraria... que se satisfacen, efectuando la exacción de la Masa Activa y pagando, seguidamente, a los acreedores-partes, salo que no exista Masa Activa que ejecutar**, de modo que todo concluirá cuando acaezca uno de esos dos hechos.

Pues bien; atendiendo a estas consideraciones, es precisamente con el fin de poner límite a la duración de la

¹⁴ - GUASP DELGADO/ARAGONESES ALONSO.: “Derecho Procesal Civil”, cit., t. I, 4ª ed., ps. 277 y ss. y 477 y ss. YANES YANES,P.: “La Reapertura de la Quiebra”, edit. “LEX NOVA”,S.A., Valladolid, 1992, p. 193.

¹⁵ - BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación indebida de la Liquidación, en VV.AA.: “Comentario de la Ley Concursal”, dir. Por A.J.Rojo Fernández-Río y E.Beltrán Sánchez, coord. A.B.Campuzano Laguillo, t. II, edit. THOMSON/CIVITAS,S.A., 1ª ed., Madrid, 2004, p. 2419. Asimismo, MORALEJO IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación indebida de la Liquidación, en VV.AA.: “Comentarios a la Ley Concursal”, t. I (arts. 1 a 115), coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. TECNOS,S.A., Madrid 2004, p. 1640.

Fase de Liquidación, por lo que establecieron las reglas del **art. 153, LConc.**, de modo que –a través de esta norma- la Ley pretende **regular –acaso indirecta, pero eficazmente- la duración de la Fase de Liquidación** ⁽¹⁶⁾, aunque –a decir verdad- ya un cierto control sobre la duración de las operaciones liquidadoras se lleva a cabo a través de la imposición a los Administradores Concursales del deber de emitir **informes periódicos** sobre el **estado de las operaciones liquidadoras**, tal como prevé el art. 152, nº 1, LConc. ⁽¹⁷⁾, lo cual constituye no otra cosa que la continuación, durante la Fase de Liquidación, del deber de información de la Administración Concursal ⁽¹⁸⁾.

Y es que hay que tener en cuenta que la finalización de la liquidación, en cuanto puede constituir un supuesto –paradigmático- de conclusión del propio Concurso, tendría importantísimas **consecuencias sustanciales o sustantivas**; a saber: el **cese de las limitaciones** en las facultades de administración y disposición del Deudor ⁽¹⁹⁾; la eventual **subsistencia de la responsabilidad** del Deudor –hasta entonces, concursado-, **por las deudas pendientes que, aun incluídas en el Concurso, no hubieran quedado satisfechas** ⁽²⁰⁾, la **extinción de la persona jurídica** y la correlativa cancelación de sus asientos registrales ⁽²¹⁾, por no mencionar la eventual posibilidad de **reapertura** del Concurso ⁽²²⁾. Todo lo cual explica el por qué de la trascendental importancia de

¹⁶ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420. MORALEJO IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1640, quien señala que este art. 153 tiene su precedente más inmediato en el art. 193 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, del año 1996, “que también establecía un tope máximo temporal al que debía atenerse la sindicatura en la liquidación del patrimonio del Deudor, aunque en este caso el plazo era algo mayor (dos años)”, porque –como dice- HUALDE LÓPEZ,I.: “Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”, cit., p. 157, el art. 153 no tiene parangón con ninguna norma del Derecho Concursal anterior.

¹⁷ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 152. Informes sobre la Liquidación, en VV.AA.: “Comentario de la Ley Concursal”, dir. Por A.J.Rojo Fernández-Río y E.Beltrán Sánchez, coord. A.B.Campuzano Laguillo, t. II, edit. THOMSON/CIVITAS,S.A., 1ª ed., Madrid, 2004, ps. 2414 y s.

¹⁸ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 152. Informes..., cit. en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2415.

¹⁹ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2419.

²⁰ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2419.

²¹ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2419.

²² .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2419.

delimitar, cronológica o temporalmente, la duración de la Fase de Liquidación, y –por consiguiente- la duración del propio Concurso.

Porque todos los justiciables afectados por el Procedimiento concursal; ya se trate del propio Concursado, o de sus acreedores, o incluso terceros con intereses legítimos, esperan la conclusión del Proceso, por lo que para dichos intereses suyos –sin olvidar el interés general (23), en una justicia sin dilaciones- puede suponer. Por todo esos motivos, resulta de trascendental importancia de delimitar, cronológica o temporalmente, la duración de la Fase de Liquidación, y –por consiguiente- la duración del propio Concurso. En este sentido, creo que vendría muy a propósito mencionar la Doctrina contenida en el **Auto TC., Sala Primera, nº 196/2013, de 23.09.2013** (24) relativo al recurso de amparo interpuesto contra el ATS., Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15.03.2012, por el que se inadmitía el recurso de casación planteado frente a SANac. de 14.07.2011, que había desestimado recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la denegación presunta de una

²³ .- La vinculación entre Administración de Justicia –y administración de la Justicia [concepto que tomo o que inspiro en GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques acerca de la superación del déficit de la Justicia”, en VV.AA.: “*La modernización de la justicia en España. XXIII^{os} Jornadas de Estudio. 4, 5 y 6 de septiembre de 2001*”, edit. IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2003, p. 59, aunque lo emplea en un sentido distinto]- e interés general, puede encontrarse en URÍA FERNÁNDEZ,F.: “Una reflexión sobre la reforma de la Administración de Justicia desde el punto de vista de la Hacienda Pública”, en VV.AA.: “*La modernización de la justicia en España. XXIII^{os} Jornadas de Estudio. 4, 5 y 6 de septiembre de 2001*”, edit. IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2003, p. 89. Por su parte, TAJADURA TEJADA,J.: “La Justicia como servicio público”, en VV.AA.: “*La modernización de la justicia en España. XXIII^{os} Jornadas de Estudio. 4, 5 y 6 de septiembre de 2001*”, edit. IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2003, ps. 44 y 45, alude a la Justicia entendida como “función del Estado”, ya que “[e]l Estado se realiza por medio de la Justicia, por lo que esta constituye una de sus funciones”, para terminar caracterizándola como “servicio público” [Opinión que comparte, hasta cierto punto, GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques...”, cit., p. 61], ya que presenta una estructura orgánica porque “se trata de una Administración que presta un servicio público”; circunstancia que la vincularía con la cláusula del “Estado Social”, del art. 1º, Const.Esp. [Igualmente, GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques...”, cit., p. 64] Y, así, cuando el interés general, que debe ser comprendido actualmente como el interés genuino de toda la comunidad; es decir como “el bien de todos”, se particulariza en el ámbito jus-procesal, podríamos afirmar que subyace, fundamentándose en el procedimiento reglado ejecutado por los funcionarios legal, previa y debidamente designados [MONTALVO ALBIOL,J.C.: “Interés General y Administración contemporánea”, en “*Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*”, 2011, nº 14, julio, ps. 137 y 140].

De todos modos, creo preciso advertir del riesgo de enfatizar –más bien, enconar o mixtificar- la calificación de la Justicia como servicio público, y al Poder Judicial, no como un Poder del Estado, sino como una Administración [Criterio que defiende TAJADURA (TAJADURA TEJADA,J.: “La Justicia como servicio público”, cit., p. 47), a través de una reinterpretación crítica de la obra de MONTESQUIEU], ya que no dejo de sentir un cierto malestar ante la perspectiva de burocratizar y politizar, todavía más, si cabe, la ya enferma Justicia española.

²⁴ .- ATC., Sala Primera, nº 196/2013, de 23.09.2013; Magistrados:Excms. Srs. don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Nº registro: 3626-2012, recaído en Recurso de amparo nº 3626-2012, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=23790>>

solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Como reflejan los Hechos del ATC., en la demanda de amparo se alegaba que la resolución judicial impugnada había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 Const.Esp.], en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos, puesto que el TS., supuestamente, habría realizado una interpretación irrazonable de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la recurrente –en la misma demanda- solicitaba que se dejase en suspenso la ejecución del Auto impugnado, alegando que su cumplimiento podría ocasionarle un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad, aduciendo que, puesto que la resolución impugnada en amparo le imponía las costas causadas en el recurso de casación, debería procederse a la suspensión parcial de su ejecución para no hacer perder al recurso su finalidad. Se añadía, además, que la suspensión solicitada no ocasionaba una perturbación específica y grave al interés general. Y es que –como se ha señalado- *“la confianza en la Justicia, la convicción de que una pronta y correcta aplicación de las leyes a las demandas de los ciudadanos es un elemento esencial para el mantenimiento del respeto al ordenamiento jurídico y de la convivencia ciudadana”* (25). De ahí que la Tutela Judicial efectiva, del art. 24, Const.Esp., incluya –como una quinta, y final o complementaria, de sus diferentes manifestaciones- el **que no sea lenta** (26), de tal modo y manera que uno de los **principios sobre los que se asienta una administración de justicia eficaz** consiste en la **Seguridad jurídica**, la cual **exige que no se conculque el derecho a un proceso en plazo razonable** (27); que –actuando de forma rápida, sin dilaciones indebidas- *“no reduzca el valor económico de los bienes en disputa y no reduzca tampoco el valor actual de las deudas no pagadas”* (28).

Pues bien; el ATC. Nº 196/2013 denegó la medida cautelar de suspensión solicitada por la Recurrente, sobre la base de una serie de razonamientos, de entre los cuales destacaré que, de conformidad con el art. 56, nº 1, LOTIC., se dispone que la interposición de un recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o Sentencia impugnados, concretando el art. 56, nº 2, LOTIC. que podrá disponerse la suspensión cuando su ejecución *“produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad”*, si bien se consagra como limitación a esa facultad que *“la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades públicas de otra persona”*.

En tanto que conjuntos de actos humanos, los procedimientos judiciales, por ser *“humanos”*, pueden verse afectados por todas las actitudes y reacciones psíquicas o psicológicas; por las

²⁵ .- Así se manifiesta en el “Libro Blanco de la Justicia”, como indica GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques...”, cit., p. 61.

²⁶ .- GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques...”, cit., p. 63.

²⁷ .- GIL SÁNCHEZ,J.: “Nuevos enfoques...”, cit., p. 70.

²⁸ .- URÍA FERNÁNDEZ,F.: “Una reflexión sobre la reforma ...”, cit., p. 87. HUALDE LÓPEZ,I.: “Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”, cit., ps. 161 y s.

conductas, etc., de los seres humanos -los sujetos de derecho- que participan en ellos, ora como partes, ora bien –y principalmente- como órganos del proceso. Concretamente, por lo que hace a estos últimos, es obvio que desde hace tiempo se viene criticando, en España, el fenómeno, frecuentísimo, de los retrasos en la Administración de Justicia; retrasos que afectan, o que se producen tanto en la celebración de las vistas y actos judiciales, como en la tramitación misma de los procedimientos ⁽²⁹⁾. Se habla, en este sentido, de la mala organización de los señalamientos, denunciándose la frecuencia con que sucede que en los órganos judiciales se señalen vistas y actos procesales cada cierto periodo de tiempo uniforme [P.e., 5 minutos, 10 minutos, etc.], sin tener en cuenta la complejidad del asunto, el número de intervinientes, los testigos y peritos que puedan participar en cada asunto concreto, lo cual supone un exceso del tiempo consumido por los asuntos de mayor duración, que termina dando lugar a un retraso generalizado, de todos los asuntos y actos procesales señalados con posterioridad; un retraso en cascada, que aumenta progresivamente con los retrasos acumulados ⁽³⁰⁾.

Se denuncia –asimismo- la falta de puntualidad de los componentes de la oficina judicial, el Juez, el Secretario, y en su caso el Fiscal, no llegan a su hora o se encuentran ocupados en otras diligencias, lo que hace que el comienzo de las mismas se retrase, con consecuencias análogas a las ya mencionadas ⁽³¹⁾.

Pero cabe, también, que se produzcan **retrasos en la propia tramitación de los procedimientos**, desde la fase de admisión a trámite hasta la fase de su resolución, en una eventual segunda instancia e incluso en asuntos que llegan al Tribunal Supremo en Casación ⁽³²⁾. De este modo, tiene lugar una inobservancia sistemática –ya casi sistémica- de lo

²⁹ .- PÉREZ DE MIGUEL,J.A. y PELÁEZ ARNEDO,C.: “Ponencia: Retraso en la Administración de Justicia”, Málaga, 24, 25 y 26 de mayo de 2.006, en http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241528263794_es_ES.html

³⁰ .- PÉREZ DE MIGUEL,J.A. y PELÁEZ ARNEDO,C.: “Ponencia: Retraso en la Administración de Justicia”, Málaga, 24, 25 y 26 de mayo de 2.006, en http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241528263794_es_ES.html

³¹ .- PÉREZ DE MIGUEL,J.A. y PELÁEZ ARNEDO,C.: “Ponencia: Retraso en la Administración de Justicia”, Málaga, 24, 25 y 26 de mayo de 2.006, en http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241528263794_es_ES.html

³² .- PÉREZ DE MIGUEL,J.A. y PELÁEZ ARNEDO,C.: “Ponencia: Retraso en la Administración de Justicia”, Málaga, 24,

prevenido en diversas y múltiples normas legales, de carácter imperativo, como son las normas procesales (lo que podía dar lugar a una eventual nulidad de actuaciones), en la tramitación de las distintas fases de procedimiento. De hecho, se ha denunciado que la actual LECiv./2000 contiene numerosas normas que establecen plazos legales, que sistemáticamente resultan infringidos por los propios órganos jurisdiccionales (³³).

Pues bien; este tipo de situaciones suponen una conculcación –cuando menos, potencial- del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que se recoge en el art. 24, nº 2, Const.Esp., y que debe ser calificado como un verdadero **derecho subjetivo autónomo** – aunque estrechamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva-, **que es objeto de reconocimiento y protección incluso en el mismísimo nivel jusconstitucional**; es decir: dotado de una protección constitucional formal, con el carácter de un verdadero **derecho fundamental** (³⁴), con aplicación a todo tipo de procesos judiciales, también a los

25 y 26 de mayo de 2.006, en
<http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241528263794_es_ES.html>

³³ - PÉREZ DE MIGUEL, J.A. y PELÁEZ ARNEDEO, C.: “Ponencia: Retraso en la Administración de Justicia”, Málaga, 24, 25 y 26 de mayo de 2.006, en
<http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241528263794_es_ES.html>

³⁴ - RUIZ VADILLO, E.: “Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el Proceso penal español”, en “Boletín del Ministerio de Justicia del Gobierno de España”, nº 1690, ps. 5488/113 y ss., en esp. p. 5489/114, en
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=121&tipo=2>, aunque advierten que, “[s]iguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional estima que la noción de dilación procesal indebida es reconducible a un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido

procedimientos civiles ⁽³⁵⁾. Y, por consiguiente, habremos de convenir en que resulta plenamente aplicable al **Concurso** ⁽³⁶⁾

Ahora bien; sucede que el art. 153, LConc. no contempla el retraso o la dilación indebida, por parte del Juez, que es el órgano procesal por excelencia... sino el retraso o la dilación indebida de la **Administración Concursal** ⁽³⁷⁾ –ahora, general o principalmente **unipersonal** ⁽³⁸⁾–, en el desarrollo de las funciones de liquidación, siendo así que la Administración

concreto debe ser obtenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Por lo tanto, no toda infracción de los plazos procesales constituye un supuesto de dilación procesal indebida. Para apreciarlo habrá que acudir a criterios tales como la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”. Vid., también, ASÚA BATARRITA, A.: “Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva”, en *“Revista Vasca de Administración Pública”*, 2010, nºs 87-88, ps. 157 y ss., quien señala que, “[e]n el marco del art. 24,2 de la CE, la consagración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas estaba llamada a operar como revulsivo contra la «cultura del retraso», un mal endémico de la Justicia, como lo califica el Consejo de Europa en referencia a la mayoría de los países del ámbito europeo”

³⁵ .- GARCÍA PALACIOS, M.: “Guía gráfica de los plazos en el Proceso Civil”, en *“Iuris”*, 2011, enero, p. 42, donde señala, sin embargo, que “[e]l Tribunal Constitucional ha analizado la relación del respeto a los plazos procesales fijados a los órganos jurisdiccionales con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, llegando a la conclusión de que, desde la perspectiva constitucional, este derecho no conlleva la necesidad imperiosa de respetar los plazos que las leyes fijan a los órganos judiciales, siempre que los asuntos se resuelvan y decidan dentro de un plazo razonable”

³⁶ .- Me remito a las consideraciones y referencia explícita al Concurso, del Informe: GRUPO DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN Y REFORMA PROCESAL DE LOS PROCESOS CIVILES [ALMENAR BELENGUER, M., GALGO PECO, A., LÓPEZ ASENSIO, P., GARCÍA GARCÍA, E., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª del M., QUECEDO ARACIL, P. y VIGUER SOLER, P. L.]: “Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles”, ps. 4 y ss., y 70 y ss., en <http://www.ub.edu/dpenal/AdminJusticia_agilizaci%F3n_reforma%20procedimientos%20civiles.pdf>. Asimismo, vid. CASERO LINARES, L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación”, en VV.AA.: *“Comentarios a la Legislación Concursal”*, coord por A. Palomar Olmeda, edit. DYKINSON, Madrid, 2003, p. 1071.

³⁷ .- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420. SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación indebida de la Liquidación, en VV.AA.: *“Comentarios a la Legislación Concursal”*, t. II, dir. J. Pulgar Ezquerro, A. Alonso Ureba, C. Alonso Ledesma y G. Alcover Garau, edit. DYKINSON, Madrid, 2004, p. 1361. HUALDE LÓPEZ, I.: *“Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”*, cit., ps. 157 y ss.

³⁸ .- Si la LConc./2003/v.o. llevó a cabo una reducción del número de órganos del Concurso, respecto del sistema concursal anterior, y una reducción -mucho más intensa- aún, de las competencias de algunos de tales órganos, que quedaron reducidos a una presencia casi testimonial y accidental, la LRef.LConc./2011 ha llevado a cabo una adicional reducción del número de miembros de la Administración Concursal, al ampliar; en realidad, al generalizar, el ámbito de supuestos en los que la

Concursal es un órgano concursal –y por consiguiente, procedimental- distinto del Juez del Concurso, y que cuando es ocupado por una persona física, no la convierte en miembro de la Carrera Judicial, ni en funcionaria de la Administración de Justicia, y que cuando es ocupado por una persona jurídica, esa persona lo es de Derecho privado, y no puede considerarse –en modo alguno- como pertinente a las estructuras organizativas de la Administración Pública. En este sentido, la cuestión que –inevitablemente- hay que plantear es obvia: **¿es el art. 153, LConc. una manifestación concreta, y en un nivel infraconstitucional, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, del art. 24, nº 2, Const.Esp., o lo es del art. 37, LConc? Y, ¿qué consecuencias tendrían esas –posibles- relaciones?**

Es preciso comenzar señalando que **el art. 24, nº 2, Const.Esp. se produce en términos objetivos y despersonalizados**: se reconoce un derecho de los justiciables, pero no se identifica al sujeto pasivo frente al que se ejercer el derecho; no dice que el Justiciable tenga un derecho frente al Juez o frente al Órgano judicial, ni dice que todos tengan derecho a exigir del Juez un proceso sin dilaciones indebidas, ni a exigir que el Juez sea diligente... Lo que se dice es mucho más simple: *“Asimismo, todos tienen derecho ... a un proceso público sin dilaciones indebidas”*: el derecho recae o viene referido, directa y exclusivamente, al proceso, y no al Órgano. Ciertamente, será el órgano correspondiente el que deba deparar aquella tutela judicial que suponga una sustanciación temporalmente razonable de las actuaciones propias del Proceso de que se trate. Pero da la impresión de que importa más el *“proceso”*, en sí mismo; su objetiva duración y, por consiguiente, su –eventual- objetiva prolongación, que el órgano que lo desarrolla; es decir: que la incuria o la negligencia de dicho órgano, como hipotética causa determinante de la dilación. En consecuencia, creo que esta significativa forma de expresarse abona –como mínimo, pues creo que su alcance llega más lejos y tiene otras implicaciones- la interpretación favorable a que el art. 24, nº 2, Const.Esp. pudiera **vincular a los Administradores del Concurso**, y es que –en definitiva- la clave de todo se encuentra en la percepción de que –como refleja la propia E.M./LConc./2003- *“[I]a Ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, con*

administración concursal adopta una estructura unipersonal; es decir: al convertir en la regla general, la modalidad de la administración concursal unipersonal [art. 27, nº 1], y contemplar a los otros supuestos, como excepciones a la regla mencionada [CORDÓN MORENO,F.: *“Proceso Concursal”*, cit., 3ª ed., p. 68. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO,A.J y BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: *“Lección 43 El Concurso de acreedores”*, cit., p. 436].

las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución” (39).

En sus cuatro apartados, el precepto aludido dispone –primeramente- que, una vez “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos”. Acto seguido –art. 153, nº 2- establece que “[e]l juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”, y que –art. 153, nº 3- “[l]os administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación”. Por fin, el art. 153, nº 4, dispone que “[d]el contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198”, lo primero que hace es informarnos del tipo”.

Con independencia de que, conforme establece la Disp.Final Primera de la Ley nº 38/2011, de 10.10.2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 09.07.2003, Concursal, las referencias a «los administradores concursales» contenidas en la susodicha Ley Concursal, deben entenderse sustituidas por la fórmula «la administración concursal», la primera reflexión que cabe hacer, a propósito de este art. 153, es que nos encontramos, pues, en presencia de una norma en la que conviven en estrecha comunión, preceptos y reglas de una naturaleza eminentemente sustantiva o material, con disposiciones de naturaleza adjetiva, rituarial o procesal; cualidades –la una y la otra; la material y la adjetiva- que obviamente no lo son de forma plena y absoluta, pero sí en cierta medida, ya que, en el plano adjetivo se refleja la procedimentalización; el despliegue, a través del ejercicio de la Tutela Judicial Efectiva, deparada por el Juez del Concurso, de las medidas tendentes a hacer efectivo un efecto jurídico-material: la separación de los administradores del ejercicio de sus funciones o cargo –si es que de “cargo” se puede hablar, que yo creo que sí-, derivado de un

³⁹ - GÓMEZ MARTÍN, F.: Artículo 153. Separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación, en VV.AA.: “Comentarios a la Legislación Concursal”, dir. Por J.Sánchez-Calero Guilarte y V.Guilarte Gutiérrez, t. III, arts. 98 a 198, edit, LEX NOVA, 1ª ed., Valladolid, 2004, p. 2623. CASERO LINARES, L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1071. HUALDE LÓPEZ, I.: “Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”, cit., p. 162.

presupuesto de hecho, asimismo, jurídico-material, o –mejor dicho- de un presupuesto de hecho relativo al desarrollo del Proceso del Concurso... pero que, en el contexto del art. 153, LConc. es considerado desde la perspectiva jurídico-material: me refiero a la **“prolongación indebida de la liquidación”**.

En este sentido, considérese que la Liquidación es una de las posibles variedades de la Segunda Fase del Concurso; alternativa del Convenio, y como tal fase del Concurso, lo es de un procedimiento judicial; de un Proceso, pero el Derecho Procesal –o así me lo parece a mí, que estoy poco versado en esta disciplina, pues la mía es mucho más intensamente sustantiva- raras veces incluye calificaciones jurídicas que son, en sí mismas, materiales; que atañen al fondo y la naturaleza de los hechos jurídicos, en lugar de a los ritos mismos, que son los que –propriadamente- forman el Proceso. En todo caso, no me parece que sea algo pertinente a la esencia, ni aun a la naturaleza del Derecho Procesal, hacer calificaciones valorativas; cuando estas aparecen en normas procesales... lo más probable es que *no* sean “procesales”, éllas mismas, sino que se encuentren situadas, eso sí, en el seno de una disposición legal, una “ley”, jurídico-procesal. Y, sin embargo, he aquí que se habla de una **“prolongación de la liquidación”** para decirnos de élla que es una prolongación **“indebida”**.

II.2.- Factores que concurren en el carácter indebido de la dilación: ¿ilícito – subjetivo- o pura situación objetiva de dilación?

Parece evidente que la referencia que hace el art. 153, LConc., a lo **“indebido”** –como calificativo que se aplica a la dilación de la liquidación- constituye una referencia claramente **valorativa** y, además, **jurídica**; no es un juicio moral o ético –aunque no excluyo que otro juicio de esa índole pueda encontrarse latente o subyacente-, sino una calificación **jurídica**; la **“prolongación de la liquidación”** es una prolongación **jurídicamente “indebida”** ⁽⁴⁰⁾. Ahora bien; de acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz **indebido, -da** posee las dos siguientes acepciones: **1.** adj. Que no es obligatorio ni exigible. **2.** adj. Ilícito, injusto y falto de equidad. Pues bien; **¿responde el calificativo de “indebida”, del art. 153, a alguna de estas dos acepciones?** Desde luego, parece que a la segunda de éllas, sí. La prolongación en la liquidación concursal, cuando es calificada legalmente como **“indebida”**, lo es, al objeto de poner de manifiesto que se trata de una prolongación ilícita, injusta o falta de equidad.

⁴⁰ - BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2422.

Sin duda estos calificativos sinónimos –“ilícito”, “injusto” o “falta de equidad”-, aplicados al supuesto contemplado en el art. 153, exigen una cuidadosa interpretación y matización, porque si hay algo que es sabido, en el mundo de lo jurídico, es que la ilicitud, la injusticia y la falta de equidad, admiten gradación, y –en función de esas diferencias de grado- dan lugar a respuestas muy diferentes y variadas, por parte del legislador y del resto de los Poderes públicos. Lo “ilícito” puede llegar, en ocasiones, al plano de la ilicitud penal... pero es evidente que tal no es el caso, en el supuesto del art. 153. También puede llegar a alcanzar el nivel de un mero “ilícito administrativo”, que recibe del Ordenamiento jurídico una respuesta mucho menos grave, y –sin duda- puede quedar en un mero ilícito civil.

Por otra parte, lo “indebido” –lo reprochable- puede ir referido a la conducta de una o varias personas, o puede ir referido a una situación o hecho: puede que el hecho mismo sea algo jurídicamente indebido, con independencia de que nada reprochable haya en la actuación de los sujetos involucrados y, en su caso, eventualmente responsables o imputables por tales hechos.

Ciertamente, la “**prolongación indebida de la liquidación**” es una prolongación “ilícita”; es decir: antijurídica, pero: **¿en qué sentido, hasta qué punto, bajo qué condiciones y con qué consecuencias?**

Claro que, a su vez, lo “indebido” designa –literalmente- la **antítesis** de lo **debido**. Porque, por muy próximas que parezcan estas dos nociones, **no es lo mismo la negación de una cualidad, que la alusión a su cualidad inversa**. En este sentido, hablar de lo “indebido” esconde una referencia doble y diversa, no única: expresa, simultáneamente, una valoración negativa y una valoración positiva, y entiéndanse esta referencias, en un sentido gramatical o etimológico, y no ético: hablar de lo “indebido” esconde una referencia o valoración **negativa**, en cuanto expresa que lo indebido es aquello que “no es” debido; que no es obligatorio ni exigible [acepción primera], pero hablar de lo “indebido” esconde una referencia o valoración **positiva** –aunque **peyorativa**-, en cuanto expresa un concepto que no es, en sí mismo, una negación de otro, sino la afirmación de sí mismo: expresa que lo indebido es algo prohibido o inapropiado o improcedente, acaso porque se considera injusto, falta de equidad o ilícito.

Porque, su vez, **debido** (Del part. de *deber*) cuando forma la expresión compleja

como es debido, significa **1.** loc. adv. Como corresponde o es lícito, al tiempo que **deber**¹ (Del lat. *debēre*) significa, entre otras cosas, **1.** tr. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. U. t. c. prnl. *Deberse a la patria*. **2.** tr. Tener obligación de corresponder a alguien en lo moral. **3.** tr. Cumplir obligaciones nacidas de respeto, gratitud u otros motivos e incluso **4.** Tr. adeudar (|| tener una deuda material con alguien). *Pedro debe mil pesetas a Juan*.

En este sentido, la liquidación tiene una duración **debida**; debida en cuanto que puede resultar obligatoria por mandato de la Ley positiva, y –como consecuencia de esto, o quizá como causa, pues todo depende del enfoque que se dé a la cuestión- la duración debida de la liquidación concursal es, también, “*debida*” en cuanto que es **la que corresponde**. Y, en consecuencia, la “*prolongación indebida de la liquidación*” sugiere o denota que la duración fáctica de la liquidación concursal no ha sido la “*debida*” en cuanto que **no ha sido la que correspondía**.

Pues bien; la previsión y la regulación –material y procesal- de la “*prolongación indebida de la liquidación*” ponen de manifiesto que –en este caso- lo indebido –la prolongación de la liquidación- se califica como tal, en el sentido de que resulta algo **jurídicamente reprobable**, porque se considera afectado de, cuando menos, un cierto grado de ilicitud; de **antijuridicidad**. Si acaso, el problema está en determinar si esa antijuridicidad es objetiva o si es imputable, reprochable a alguien, y –por tanto- sancionable o generadora de algún tipo de responsabilidad, o –por el contrario- determina una reacción de la Norma que puede que resulte perjudicial para el afectado, pero que no tiene un carácter punitivo ni sancionador, en ninguna de las acepciones estrictas de estas expresiones.

En opinión de muy prestigiosos jusmercantilistas y jusconcurralistas, la medida contemplada en el art. 153 exige la concurrencia de varios presupuestos o de varios factores concurrentes; a saber:

Un factor temporal o cronológico: se toman como punto de referencia **dos fechas** determinadas, como **hitos** temporales que **delimitan un segmento cronológico**, dentro del cual; es decir entre sus dos límites, desde el primero, hasta el segundo –como máximo-, debería haber tenido lugar un acontecimiento...

Un factor objetivo-funcional: se delimita o se identifica **el acontecimiento que debería haber tenido lugar** durante el segmento temporal; durante el lapso que media entre los dos hitos cronológicos mencionados, sin extravasar de los límites o hitos mencionados.

Un factor sustancial: algo así como un *“factum deficit”*; el **no acaecimiento del hecho esperado**, que no se consuma dentro del lapso temporal delimitado. Aquí surgen las dudas, ya que –ciertamente- el factor sustancial o material consiste, como mínimo, en la prolongación temporal del curso de los acontecimientos que deberían haber tenido lugar dentro de los límites temporales aludidos... pero queda por saber si basta este hecho, objetivamente considerado, o si –por el contrario- debe concurrir un elemento *subjetivo*, asociado a la idea de *negligencia* o de *morosidad*, imputable a los sujetos.

Un presupuesto formal: se exige la emanación de una resolución judicial -aparentemente- rogada *“ex parte”* ⁽⁴¹⁾

En principio, ya hemos visto cómo el art. 153 dice tratar de la separación de los administradores concursales por *“prolongación indebida de la liquidación”*, y que lo hace disponiendo, en primerísimo lugar, que *“[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos”*. Claro que, a la vista de los contenidos del articulado del Tít. Vº, LConc., **no es lo mismo hablar de la “Liquidación”, que hablar de la “Fase de Liquidación”**. Esta última es una referencia claramente formal, adjetiva; una referencia que designa un determinado segmento cronológico-funcional, formal y formalizado –por eso se denomina *“Fase”*-, identificado o acotado a efectos estrictamente procesales, mientras que la primera –*“Liquidación”*- resulta ser una expresión polisémica y de significado anfibológico, incluso en el contexto del Derecho Concursal, que tanto puede referirse a la susodicha *“fase”*, como puede tener un sentido mucho más propiamente **material**, como una referencia que designa un determinado conjunto de **actos materiales, técnicos y jurídicos**, consistentes –fundamentalmente- en la **realización forzosa de los bienes y derechos** que integran la Masa Activa del Concurso. Y es aquí donde surge el problema; un problema –ante todo- de **interpretación gramatical**, pues el citado art. 153 dice *“[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta”*, y al producirse en estos términos plantea la misma duda que, hace ya bastantes años, obsesionaba a aquel ilustre civilista que fue GONZÁLEZ PALOMINO, al

⁴¹ .- Con algunas diferencias, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, ps. 2421 y ss. En términos parecidos, SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1362, quien afirma que *“la conducta sancionada tiene dos elementos, de carácter objetivo uno, y otro en el que me parece que debe apreciarse un matiz subjetivo”*.

analizar la figura de la Compensación, cuando el CC. empleaba el pronombre “*élla*”, sin que se supiera si sustituía al sustantivo “*compensación*”, o si sustituía al sustantivo “*cantidad*”. Ante esta disyuntiva GONZÁLEZ PALOMINO se preguntaba, retóricamente: ¿Quién es “*élla*”?

Pues bien; aquí sucede algo parecido: también nosotros nos vemos obligados a preguntarnos: **¿quién es “*ésta*”?** ¿Qué es lo que debería haber finalizado... y no lo ha hecho? **¿A quien se refiere el pronombre: a la “*Liquidación*” o a la “*Fase*”?**

Ya con anterioridad tuve ocasión de señalar que una interpretación sistemática del art. 153, bien podría conducir a la conclusión de que el mismo alude, solamente, a las operaciones liquidatorias en sentido estricto... sin incluir el pago definitivo de los créditos. Sin embargo, es preciso advertir que **existe un –potencial- conflicto entre el criterio sistemático y el criterio literal**, a la hora de interpretar el precepto en cuestión. Si entendemos que el pronombre “*élla*” se refiere a la “*Fase*” de Liquidación, entonces habría que concluir que, aunque el art. 153 se encuentre dentro de la Secc. Tercera, Cap. IIº, Tít. Vº, LConc., la separación de los Administradores Concursales procederá incluso cuando, habiendo concluídos éstos, en tiempo, las operaciones de realización forzosa de bienes y derechos que integraban la Masa Activa, no hubieran llevado a cabo el pago de los créditos, ya que –como se deduce del conjunto de los **arts. 154 y ss., LConc.**– el **pago** de los créditos afectados por el Concurso; el **pago** de los créditos por cuya virtud se produjo la declaración de concurso, y –luego– se procedió a liquidar la Masa Activa, **también corresponder llevarlo a cabo, a los Administradores Concursales**. Si no fuera así, no se entendería que el art. 161, nº 2, en relación con el pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, disponga que “[l]a Administración Concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos”. Si la Administración concursal puede retener el pago... es porque *élla*, y sólo *élla*, es la que debe efectuar ese pago, en el seno del Concurso. Bastante claro es el **art. 154, párr. 1º**, de conformidad con cuyos términos, “[a]ntes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra *ésta*”. Y es que, si no queremos tener que vérnoslas con una oración gramatical sin sujeto, habremos de concluir que si alguien ha de “*proceder al pago de los créditos concursales*”, ese alguien sólo puede ser la Administración Concursal, pues si no fuera *élla* el sujeto a quien va referida gramaticalmente la acción de “*proceder al pago*”, habría que haber empleado una forma verbal impersonal,

como “[a]ntes de proceder[se]al pago” o “[a]ntes de [que se proceda] al pago”. Pero, muy al contrario, el art. 154, nº 1, se expresa en términos tales que solamente pueden entenderse si se considera que el sujeto que ha de proceder al pago es la Administración Concursal.

Pero sobre todo, si hay un precepto que demuestra que el protagonismo en esta etapa, y en las operaciones de propio pago de las Deudas del Concurso, le corresponde a la Administración Concursal, ese es el **art. 157, nº 3**, aunque también su nº 1: dice el primero de los dos apartados mencionados que: *“La administración concursal atenderá al pago de estos créditos [se refiere a los créditos ordinarios] en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito”*. Por consiguiente, **es la Administración Concursal, la que efectúa –materialmente- el pago a los acreedores**; no el Juez, el cual –en el mejor de los casos- se limita a un papel autorizador ⁽⁴²⁾, y no sería lógico que el Juez tuviera que autorizar algo que él mismo va a llevar a cabo materialmente: si su papel consiste en “autorizar” los pagos, es obvio que no le incumbirá, propiamente, el “pagar”, y si ese pago no le corresponde al Juez del Concurso, entonces sólo puede corresponderle efectuarlo, a la Administración Concursal.

Pues bien; si la Administración Concursal ha de ocuparse, no sólo de la liquidación estricta, incluyendo –como mucho- los deberes de información sobre su estado, y el informe final, sino también del pago de los créditos, que es la culminación de la Fase de Liquidación, entonces la conclusión sería que **la separación de la Administración Concursal podría proceder, incluso, cuando –simplemente- no se hayan llevado a cabo los pagos... “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta** [Es decir: esta fase; la “Fase” de Liquidación]”... **aunque, por lo demás, todas las restantes operaciones de la liquidación se hubiesen llevado a cabo en plazo.**

Mas, si –por el contrario- considerásemos que **el pronombre “ésta” se refiere no a la**

⁴² .- Como sucede cuando el art. 157, nº 1, párrs. 2º y 3º, dispone que “[e]l Juez, a solicitud de la Administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados”, y que –asimismo- el Juez “podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas, adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación”.

“Fase”, sino –propriadamente- a la “Liquidación”, entonces habría que considerar que la posibilidad de cese de los Administradores concursales se actualiza, simplemente, cuando éstos “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta [Es decir: la “liquidación”, entendida como el conjunto de operaciones de liquidación]”, sin tener que incluir en el cómputo el lapso de tiempo que halla llevado el efectuar los pagos finales; pagos que, por simple lógica, también se habrán demorado en el tiempo, como consecuencia ineludible de la dilación o prolongación de las operaciones de liquidación.

Sea como fuere, la Liquidación; las operaciones liquidatorias deberían tener una duración adecuada, y –en este sentido- el legislador Concursal español ha considerado que, cuando las mismas se prolongan más allá de *“un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta”*, entonces esa dilación adicional resulta indebida, y –en estas circunstancias- el Derecho Concursal positivo reacciona permitiendo a *“cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos”*. He aquí, el primero de los presupuestos o factores: el cronológico-temporal ⁽⁴³⁾.

Analizando este factor, señalaba BELTRÁN SÁNCHEZ que, aun cuando son varios y diversos los supuestos en que procede la apertura de la Fase de Liquidación, no existe divergencia ni pluralidad en cuanto al *“dies a quo”* para computar el plazo del art. 153: es un *“dies”* único, que debe situarse y que debe computarse tomando como única referencia **el día en que se dicte la resolución judicial de apertura de la Fase de Liquidación** ⁽⁴⁴⁾, sin que importe en absoluto si esta resolución se dicta por el Juez, de oficio, o bien a solicitud del Deudor concursado, o bien a la de alguno de los acreedores ⁽⁴⁵⁾.

De hecho, la unicidad llega hasta el extremo de que el plazo de un año será el que haya que

⁴³ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2421.

⁴⁴ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2421.

⁴⁵ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2421.

tomar como referencia, incluso en caso de **Concurso abreviado**, de forma que la reducción de plazos que es propia de este último, no puede tener aplicación en relación con el fenómeno de la separación de administradores por prolongación indebida de la liquidación, no ya debido a que en esta fase final del procedimiento concursal no parece que tenga mucho sentido imponer una reducción adicional de plazos ⁽⁴⁶⁾, sino –sobre todo- porque *“el transcurso de un año no constituye, en rigor, un plazo de tramitación del concurso, sino el presupuesto para la adopción de una medida legal”* ⁽⁴⁷⁾.

Ahora bien; la cuestión que inmediatamente se plantea es: **¿basta con la concurrencia de este presupuesto o factor temporal, para que se dé el “Tabestand” del art. 153,... o hacen falta otros factores, de índole sustancial?** Más precisamente: **¿ha de mediar, o influye de cualquier manera, el factor de la ausencia/concurrencia de “justa causa”?** Fuerza es reconocer que, dados los términos del precepto analizado, en principio, pareciera que **basta el hecho objetivo del transcurso de “un año desde la apertura de la fase de liquidación”**, para que *“cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de [la Administración Concursal] y el nombramiento de [otra nueva]”*. Bien, pero hay quienes no comparten este criterio, y son –al parecer- muchos ⁽⁴⁸⁾; de hecho, parece que se trata de la mayor parte de la doctrina jusconcursalista, que no puede escapar –y es lógico- a las implicaciones de una previa toma de partido, en relación con la propia naturaleza jurídica de las medidas previstas en el art. 153; una previa toma de partido, en pro de la consideración de que lo que previene el precepto citado no es sino una manifestación concreta del Derecho Sancionador o del Derecho de obligaciones; es decir: que se trataría de un sistema singular de **infracción/sanción** ⁽⁴⁹⁾ o –si se adopta una óptica iusprivatista-, de un supuesto de **incumplimiento**, sea de deberes, sea de propias obligaciones, que –como tal- responden

⁴⁶ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2421.

⁴⁷ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2421.

⁴⁸ .- MORALEJO IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1643, quien señala que, “[p]ara que el juez decrete la separación deberá constar que el retraso obedece a causas imputables a la administración concursal”

⁴⁹ .- MORALEJO IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1641.

a los principios típicos del Derecho sancionador y del Derecho de obligaciones, entre los cuales se incluye el principio de **culpabilidad**; el criterio –subjetivo- de imputación de responsabilidad basado en la conducta culpable del responsable.

Consiguientemente, **si el art. 153 omite toda referencia a la culpabilidad e incluso a la “justa causa” como factor justificador de la separación** [Si hay que referencia expresa a la “*causa que justifique la dilación*”, la misma tiene un sentido opuesto: se trata de justificar la no-separación; la permanencia de los administradores concursales], **¿cómo debemos interpretar esta “omisión”? ¿Debemos asumirla y razonar a partir de ella, o –por el contrario- debemos negarla?** La Doctrina dominante parece propensa a **negar** que exista semejante omisión; parece propensa a **asimilar el art. 153, LConc., a una suerte de apéndice del art. 37**; a considerarlo como una manifestación singular y concreta del régimen de **separación** de los administradores concursales **“por justa causa”**, apoyándose sobre el fundamento –aparentemente muy firme- de la propia E.M./LConc./2003, cuando expresamente señala –ya lo indiqué, con anterioridad- que “[!] *la Ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución*”.

No seré yo quien ataque ahora el valor jurídico de las exposiciones de motivos de las leyes, cuando tantas veces he hecho uso de aquéllas, para interpretar estas últimas: sería algo inconsecuente. Pero esto no significa que no perciba los límites de la virtualidad de las exposiciones de motivos, que carecen de valor normativo. Y si del Legislador no se puede decir que se equivoca, sino que –simplemente- legisla; que manda... y espera obediencia a sus mandatos, en cambio de las exposiciones de motivos sí que se pueden hacer juicios de valor técnico. Y yo tengo mi propia opinión de esas palabras: creo que **contienen una petición de principio**: ¡Claro que el **incumplimiento** debe ser sancionado con la separación y la pérdida del derecho a la retribución! Eso ¿quién lo duda? **Pero es que el “incumplimiento” no se regula en el art. 153, sino en los arts. 36, 37 y 152, bajo la forma de responsabilidad civil y de separación por “justa causa”**. La E.M./LConc. parece dar por supuesto que el art. 153 exige la concurrencia de un “*incumplimiento*”, cuando –formalmente- dicho art. 153 no exige tal cosa.

Entonces, **¿por qué la E.M./LConc. dice lo que dice; por qué dice que “[!] *la Ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin ... le señala [a los Administradores concursales] el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución*”?** En mi opinión, existe una respuesta... y es una respuesta que, lo que viene a demostrar es que –en realidad- la E.M./LConc. tampoco dice estas palabras; esta frase, que se acaba de reproducir. Lo que parecería suceder, acaso, es que, en realidad, las palabras de la E.M./LConc. **van referidas a dos artículos muy diferentes**, en su contenido y efectos, y no solamente a uno: el primero de ellos es el **art. 152**, que impone deberes u obligaciones concretas, y que sanciona su incumplimiento, **y el otro es, ya, el art. 153**, que simplemente se limita a decir qué sucede cuando se produce una prolongación de la liquidación, que extravasa del límite temporal de un año. Y no es sólo que las palabras de la E.M./LConc. vayan referidas a dos artículos muy diferentes, en su contenido y efectos -el art. 152 y el art.

153-, sino que, **además**, es posible que –en realidad- dentro del propio **art. 153** se encuentren **conviviendo** varias **normas de sentido diverso**: la del nº 1, y la del nº 2; una norma –la segunda de ellas- que podría ser, sí, punitiva, sancionadora, y otra –la primera- que no lo es. Y aun esto no es sino una hipótesis que sugiero, y que está por verificar.

Es verdad que “[l]a Ley ... impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas ..., con las sanciones, si ... incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución”. En estas circunstancias, es totalmente lógico que se habla de **sanciones de toda índole**; administrativo-disciplinarias, civiles-mercantiles; jurídico-públicas, o bien privadas. Pero cuando se trata de “evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin [la Ley] señala el plazo de un año para finalizarlas”, el hecho incontrovertido es que **el art. 153, LConc./2003** – propiamente- **no establece ninguna obligación, ni menciona ningún tipo de conducta o módulo de diligencia, ni tiene en cuenta otro dato que el retraso objetivo en concluir las operaciones de liquidación** [Permítaseme, por el momento, dejar a un lado las palabras del art. 153, nº 2, cuando dice que “(e)l juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación ...”].

Mas, volviendo al análisis de la opinión mayoritaria, diré que quienes la siguen e interpretan los términos del art. 153, a la luz del art. 37, LConc., consiguientemente, concluyen que ese –aparente- silencio; esta –aparente- omisión de la culpabilidad o la negligencia de los Administradores Concursales, no han de ser interpretados, ni como una objetivación de las infracciones, ni –menos, aún- como una negación del carácter sancionador de la Norma: más bien esta previsión es algo que limita sus efectos y su virtualidad, **exclusivamente**, al aspecto de la **legitimación** de los interesados ⁽⁵⁰⁾, cuando la cuestión es si –verdaderamente- el Juez del Concurso deberá cesar –o declarar cesada- a la Administración concursal, o si su separación es una medida discrecional. Pues bien: parece que no es así; que no existe tal discrecionalidad, sino que –más bien- se trata de una potestad básicamente reglada. Así se deduciría de lo dispuesto en el **art. 153, nº 2, LConc**:

“... 2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”.

⁵⁰ - Que el transcurso del plazo fijado en el art. 153, nº 1, LConc. es algo que incide sobre la cuestión de la legitimación, lo pone de manifiesto SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1364, cuando se produce en los siguiente términos: “El hecho objetivo de que transcurra el plazo sin que la liquidación haya concluido, además de su papel como elemento de la conducta sancionable, tiene el de marcar el momento a partir del cual los legitimados pueden instar la actuación judicial para determinar la concurrencia del otro de los elementos que integran la conducta sancionada e imponer, en su caso, la separación, con el resto de consecuencias que señala la Ley”.

Por consiguiente, el Juez no acuerda o deniega la separación ateniéndose a su libre arbitrio, sino que –previa audiencia a la Administración Concursal- ha de considerar un factor objetivo: **si existe, o si no existe, causa que justifique la dilación** (⁵¹).

Pues bien; **no comparto estos criterios y opiniones**; mejor dicho: no comparto lo que me parece una confusión latente en estos planteamientos; un a falacia, que asocia a afirmaciones absolutamente correctas, con –supuestas- conclusiones, que considero erróneas, o –por o menos- discutibles.

Ciertamente, estoy convencido de que el Juez no acuerda o deniega la separación ateniéndose a su libre arbitrio, sino que –previa audiencia a la Administración Concursal- ha de considerar un factor objetivo: **si existe, o si no existe, causa que justifique la dilación**. Hasta aquí estoy completamente de acuerdo con la Doctrina mayoritaria. **Pero no cabe confundir el carácter reglado de la potestad del Juez... con la atribución de una naturaleza sancionatoria o punitiva, y –por tanto- subjetiva, a las medidas que prevé el art. 153**. Lo primero –el carácter reglado o discrecional- es algo que tiene que ver con el nivel de sujeción de la actuación del Juez, a la Norma jurídica; con el grado –mayor, menor o nulo- de libertad; de discrecionalidad, de libre apreciación, que el art. 153, LConc. pueda dejar al Juez, para separar, o no, a la Administración Concursal. En este aspecto, estoy convencido de que **el Juez ha de actuar siguiendo criterios objetivos, y no discrecionalmente**.

Pero que el Juez haya de actuar siguiendo criterios objetivos, a la hora de resolver si separa, o no, a los Administradores Concursales, por las causas del art. 153, **no tiene que ver con que ese criterio –objetivo- haya de ser el de la diligencia/negligencia**: es perfectamente posible que el Juez haya de tener en cuenta –casi únicamente- el hecho puro y simple de la dilación. En este sentido, no creo que el Juez del Concurso tenga necesidad de entrar a valorar si hubo, o no, una conducta negligente, por parte de la Administración Concursal, y la razón de mi escepticismo es que no creo que estemos ni ante una sanción, ni administrativa

⁵¹ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, ps. 2421 y ss. En términos parecidos, SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1362, quien afirma que “la conducta sancionada tiene dos elementos, de carácter objetivo uno, y otro en el que me parece que debe apreciarse un matiz subjetivo”.

ni disciplinaria, ni ante una cuestión de incumplimiento de deberes u obligaciones, ni –por consiguiente- creo que el silencio del art. 153, en torno a la culpabilidad, e –inversamente- sus referencias, más o menos elípticas, por no decir que supuestas, a la diligencia, sean o signifiquen lo que muy buena parte de la Doctrina cree. Mas, para poder tener una visión clara de la cuestión, es preciso analizar el concepto y la naturaleza jurídica de la separación de los Administradores concursales, en caso de prolongación indebida en la liquidación.

II.3.- La separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación: concepto y naturaleza jurídica

II.3.1.- Concepto de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación.

El reproducido art. 153, LConc. prevé, para el caso de incurrirse en dilación indebida en la liquidación, por parte de la Administración Concursal, no una sino varias consecuencias jurídicas diferentes –negativas, la mayoría de ellas-, que –sin embargo- se hallan concatenadas, en una suerte de relación de secuencia o, mejor, de consecuencia. En primer lugar, se contempla la posibilidad de **“separación”** de los Administradores concursales; es decir: la posibilidad de **cesar forzosamente** –entiéndase, sin la voluntad o, incluso, contra la voluntad de los cesados- a los Administradores Concursales (⁵²), en el ejercicio de su cargo; de sus funciones; de hecho, constituye un ejemplo o manifestación singular de una de las dos vías de cese forzoso de los Administradores Concursales: la otra es la recusación (⁵³).

Otra consecuencia jurídica que se prevé es la **pérdida del derecho a percibir las retribuciones devengadas** (⁵⁴);

⁵² .- TIRADO,I.: *“Los Administradores Concursales”*, cit., p. 523. CORDÓN MORENO,F.: *“Proceso Concursal”*, edit. THOMSON-REUTERS/ARANZADI,S.A., 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 293. BLASCO GASCÓ,F. de P.: *“La Fase de Liquidación concursal”*, cit., p. 549. GÓMEZ MARTÍN,F.: Artículo 153. Separación de los administradores concursales ..., cit. en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/GUILARTE GUTIÉRREZ, t. III, 1ª ed., ps. 2623 y s. RAMOS TORRE,J.: *“La Administración Concursal”*, en VV.AA.: *“La Nueva Ley Concursal”*, en *“Cuadernos de Derecho Judicial”*, vol. XVIII, edit. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 2003, p. 347. CADENAS DE GEA,C.: *“La Retribución de los Administradores Concursales”*, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2009, p. 161. HUALDE LÓPEZ,I.: *“Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”*, cit., p. 186.

⁵³ .- TIRADO,I.: *“Los Administradores Concursales”*, cit., p. 523.

⁵⁴ .- BLASCO GASCÓ,F. de P.: *“La Fase de Liquidación concursal”*, cit., p. 549. RAMOS TORRE,J.: *“La Administración Concursal”*, cit., p. 347. CADENAS DE GEA,C.: *“La Retribución de los Administradores ...”*, cit., p. 161. HUALDE LÓPEZ,I.: *“Régimen jurídico de la Administración Concursal en...”*, cit., p. 186.

consecuencia que es distinta y diversa de la separación, en el plano estrictamente conceptual, como reflejan las propias palabras del art. 153, nº 3, cuando dice que “[l]os administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas”. Es decir, que primero –en el curso lógico- debe tener lugar la separación, y así, la pérdida del derecho a las retribuciones devengadas la seguirá como una consecuencia natural. La pérdida –digo- afecta a “[l]os administradores concursales separados” ⁽⁵⁵⁾.

Por consiguiente, no se puede definir ni caracterizar a la “separación”, tomando como punto de referencia la pérdida del derecho a percibir las retribuciones devengadas, lo mismo –o, al menos, de modo parecido- que no se puede definir un delito tomando como punto de referencia la pena que se pueda imponer por su comisión. La “separación” debe definirse **en y por sí misma**; centrando la atención en lo que la separación es; en lo que supone. Y, para eso, es preciso recordar cuál era la naturaleza jurídica de la Administración Concursal, entendida como función, y de los Administradores Concurales, como sujetos que desempeñan esa función.

Pues bien; ya se vió que la Administración Concursal, en sentido funcional, constituye **actividad jurisdiccional** propiamente dicha; que se resume en el ejercicio de la **potestad judicial ejecutiva**; en el ejercicio de la **tutela judicial ejecutiva concursal**. Ciertamente, esa función queda confiada a los Administradores del Concurso, que son **personas** –físicas o jurídicas- **privadas**, pero ya sabemos que los particulares pueden colaborar –por vía orgánica o funcional- en el desarrollo de funciones públicas, característicamente, por vía de delegación. En este caso, la colaboración es –propiamente- **orgánica**; es decir: a través de la **predisposición de un “órgano” institucional y de la provisión de ese órgano, mediante la inclusión de los particulares**, bien que con la especialidad de que el órgano en que se insertan los particulares, no lo es de una persona jurídica... sino de un **procedimiento** judicial [el Concurso]. En el Órgano se deposita la Función, de modo que la separación no puede ser otra cosa que la **exclusión del Particular, del Órgano concursal en el que se hallaba integrado, y –consiguientemente- el cese en el ejercicio de la Función inherente a dicho órgano**. En este sentido, los parecidos con la separación de administradores sociales son evidentes, en la medida en que –p.e.- el **art. 223, nº 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 02.07.2010, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital** [TRLSocs.cap.] establece que los administradores “*podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día*”, o el **art. 224, nº 1, TRLSocs.cap.** previene que los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales “*deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista*”, y el mismo **art. 224, nº 2**, añade que los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad “*cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general*”. Por consiguiente lo que se pone de manifiesto es –como dije antes- que la “separación” de la persona que ocupa un órgano –y esto, salvadas las distancias entre uno y otro supuesto, represente el común denominador entre los administradores sociales y los administradores concursales- equivale a **ser destituido**; a “**cesar en su cargo**”, con todas las consecuencias que esto supone, y que serán analizadas con posterioridad.

⁵⁵ .- CADENAS DE GEA,C.: “La Retribución de los Administradores ...”, cit., p. 161.

“Cesar en su cargo”: esto **“es”** la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación; en esto consiste. Por consiguiente, no se equivocan quienes hablan de **“cese”**, como sinónimo o equivalente de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación ⁽⁵⁶⁾. Claro que esta coincidencia no tiene por qué significar una identidad de esencia entre ambos supuestos, ya que **la condición jurídica –orgánica- de Administradores “sociales” y Administradores “concursoales” es absolutamente distinta**; esencialmente diversa, y no admite equiparación.

Característico de la separación, frente a la recusación, es que deriva de circunstancias **sobrevenidas** ⁽⁵⁷⁾; no de una circunstancia originaria o antecedente, y –además- de una circunstancia de acaecimiento sucesivo, que tiene que ver –precisamente- con la **actividad** de los Administradores; con el desarrollo de la misma y el cumplimiento de las funciones que les competen, en este caso, en el marco de su actividad durante la Fase de Liquidación ⁽⁵⁸⁾. Ahora bien; como ya he tenido ocasión de señalar, en reiteradas ocasiones, sucede que la separación de los administradores concursales viene tratada, por la misma LConc./2003, en dos –si no tres- lugares distintos; en dos –si no tres- sedes que podrían calificarse –y voy a permitirme parafrasear las palabras del que fuera Presidente del Gobierno español, durante la llamada “Guerra de las Malvinas”, entre el Reino Unido y Argentina, D. Leopoldo CALVO SOTELÓ- como *“distintas y distantes”*. Una –ya lo sabemos- es el art. 153, objeto de esta reflexión... pero mucho antes, la LConc./2003, ya se ha ocupado de la separación de los Administradores Concursoales, en su **art. 37**, según el cual:

“1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

2. Si el cesado fuera representante de una persona jurídica administrador, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, a no ser que determine que el cese debe afectar a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal, en cuyo caso procederá a un nuevo nombramiento.

3. La resolución judicial de cese revestirá forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión.

⁵⁶ .- GÓMEZ MARTÍN,F.: Artículo 153. Separación..., cit., p. 2624.

⁵⁷ .- TIRADO,I.: “Los Administradores Concursoales”, cit., p. 523.

⁵⁸ .- TIRADO,I.: “Los Administradores Concursoales”, cit., p. 523.

4. Del contenido del auto a que se refiere el apartado anterior el Secretario judicial dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198” (59)

Se trata de un precepto legal con muchos y muy importantes precedentes históricos, en el Derecho Concursal anterior a la Ley de 2003 [como los arts. 1214, 1245, 1348 o 1349, LECiv./1881, donde se recogían diversos supuestos en los que se consideraba justificado cesar a los órganos administrativos del procedimiento concursal: “abusos en el desempeño de la sindicatura” o bien otros motivos de separación “que no constituyen delito ni falta”, “fallecimiento o por otra causa (que hiciese necesario) necesario proceder al reemplazo de alguno de los síndicos” (60)], y que guarda un parecido muy profundo; de hecho, coincidencias evidentes y absolutas, con el art. 153. Coincidencias las hay, así, principalmente en el plano procesal o adjetivo: en ambos casos, la separación tiene un carácter judicial y accesorio, adopta la forma de Auto y da lugar a una correspondiente inscripción pública registral.

Mas las **diferencias** –sin duda sutiles, pero **fundamentales**- comienzan a hacerse evidentes cuando se adopta una perspectiva sustantiva o material: para empezar, hay una diferencia muy importante –de hecho, esencial- en el presupuesto de hecho de la separación. Dígase lo que se quiera, **es un hecho innegable que el 37, LConc.**, de forma explícita y terminante, **prevé esa separación “cuando concorra justa causa”** (61), de tal modo y manera que en este supuesto la separación se basa o se fundamenta en la idea de “*justa causa*”, como podría ser el caso de una **administración desleal**; motivo que justificó la destitución, por el Juez de lo Mercantil número 2 de Alicante, Salvador Calero, de los administradores concursales de la promotora alcoyana LUXENDER,S.L., al haber cobrado un cheque emitido por Caixa Galicia, cuyo importe se apropiaron los susodichos administradores, a través de su endoso en favor del despacho de abogados de la mercantil, Orfila Cinco, sustrayendo –así- ilícitamente nada menos que 294.000 euros [Por este motivo LUXENDER,S.L. presentó

⁵⁹ - Uno de los pocos preceptos que no se vieron afectados por las modificaciones introducidas por la Ley nº 38/2011 [PRATS ALBENTOSA,L.: “Capítulo 8º. La Administración Concursal”, en VV.AA.: “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, dir por P.Prendes Carril y A.Muñoz Paredes, t. 1º, edit. CONSEJO SUPERIOR DE TITULADOS MERCANTILES DE ESPAÑA/CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS FORENSES/CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA/THOMSON-REUTERS-ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 728]. Vid., también, PALOMAR OLMEDA,A.: “Artículo 37. Separación”, en VV.AA.: “*Comentarios a la Legislación Concursal*”, coord por A.Palomar Olmeda, edit. DYKINSON, Madrid, 2003, ps. 469 y ss.

⁶⁰ - PALOMAR OLMEDA,A.: “Artículo 37. Separación”, cit., ps. 469 y ss.

⁶¹ - En este sentido, TIRADO,I.: “*Los Administradores Concurales*”, cit., p. 529 señala que, si concurre “*causa que lo justifique*”, el Juez procederá a separar del cargo a cualquiera de los miembros de la Administración concursal y a aquellos que, por delegación efectuada en forma, ejerzan competencias legalmente asignadas al órgano administrativo. BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420, quien señala que estamos ante un supuesto especial de separación, que habrá de sumarse al general, que puede acordar el Juez del Concurso, de oficio o a solicitud de cualquiera de las personas legitimadas para instar el concurso, cuando concorra justa causa, en cualquier momento del procedimiento (art. 37, LConc.). MACHADO PLAZAS,J.: “*La Administración Concursal*”, cit., p. 1042/74.

querella criminal, que fue admitida a trámite por un juzgado de Instrucción de Madrid ⁽⁶²⁾, si bien el Juez consideró que hubo deslealtad, en cualquier caso, por el endoso del cheque simulando un préstamo que no se hizo por escrito ni se constaba en ninguna de las listas de créditos contra la masa que se presentaron con posterioridad. También consideró práctica desleal y deshonesto el reconocimiento de los créditos en favor del socio de uno de los administradores y del despacho de abogados Orfila Cinco, y la insistencia en que estos cobraran por delante de otros, cuando entre esos créditos había algunos que no habían sido reconocidos por la Concursada. Igualmente hubo que destacar la aprobación de facturas en favor del perito que eran falsas en la medida que no se correspondían con servicios efectivamente prestados ⁽⁶³⁾.

Por el contrario, **el art. 153 no menciona ese requisito ni esa condición**: el art. 153 no precisa, ya, de recurrir a un semejante concepto jurídico indeterminado, porque –en la opinión de nuestro legislador concursal- la dilación por plazo que supere un año, es, ya, de por sí, una justa causa de separación ⁽⁶⁴⁾. A partir de este punto, ya sabemos que las interpretaciones pueden ser muy diversas, y yo ya he manifestado cuál es mi opinión.

Otra diferencia que se adivina –siquiera de acuerdo con la dicción literal de ambos preceptos- es que, allí donde el **art. 37** contempla una mera posibilidad **eventual** –“el juez, ..., podrá separar del cargo a los administradores concursales”; **“podrá”**, dice el precepto: no **“deberá”**, ni **“separará”**, ni **“acordará la separación”**, etc.- el **art. 153** contempla una medida directamente necesaria; una **separación –digamos- “directa”**, o –siquiera- amparada sobre una base fáctica tan evidente y objetiva, que –en el mejor de los casos- se precisa, más bien, una justificación adicional contraria, al objeto –precisamente- de eludir la separación: *“El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación”*. Por consiguiente, parece que invierte el **“onus iustificandi”**, y –por supuesto- también el **“onus probandi”**, ya que siempre se puede aducir la concurrencia de una **“causa que justifique”** la dilación. **¿Supone esto una absoluta identidad de naturaleza entre las reglas de ambos preceptos?** Ya dije que no lo

⁶² .- Los denunciados alegaron ante los juzgados que nunca se trató de un «reparto» del dinero, como así se podía leer en varios emails, sino de un préstamo a los letrados. También alegaron que sus firmas para el cobro del cheque fueron falsificadas, y ofrecieron toda una explicación sobre lo relativo al cheque en cuestión, aunque el Juez de lo Mercantil consideró que aunque se hubiese tratado de un préstamo al despacho de abogados de la mercantil «resulta difícil de creer que no se haga referencia a esos términos de 'préstamo', 'entrega a cuenta' o 'provisión de fondos'» en ninguno de los correos electrónicos «ni en ningún momento» aunque sí que hablen literalmente de un «reparto».

⁶³ .- LINARES,S.: “Un juez aparta a los administradores concursales de una empresa de Alcoy por prácticas desleales” , en <http://www.diarioinformacion.com/sucesos/2013/10/17/juez-aparta-administradores-concursales-empresa/1426638.html>

⁶⁴ .- MACHADO PLAZAS,J.: “La Administración Concursal”, cit., p. 1042/74, por su parte, se decanta en esa línea – digamos- mayoritaria, cuando sostiene que la LConc. no define lo que sea **“justa causa”** para la separación de los Administradores Concursales, pero en aplicación de esta **“cláusula general”** pueden deducirse fácilmente hipótesis en las que dicha justa causa concurre, y cita –precisamente- **“cuando acaezcan los supuestos de hecho de los artículos 152.1 y 153”**, ergo convierte al art. 153 en una suerte de norma incompleta, llamada a integrarse –o a integrar- el concepto jurídico indeterminado contenido en el art. 37.

creo; que –en el mejor de los casos- habrá una **identidad funcional**; una identidad en los efectos, ya que tanto el art. 37, como el art. 153, contemplan y prevén la **separación del cargo**, de la Administración Concursal. Pero existen otros muchos aspectos, como la propia naturaleza intrínseca de la medida, que dudo que coincidan.

Otra –tercera- diferencia, tiene que ver con la **iniciativa** para promover la separación: mientras que el **art. 37** contempla tanto la posibilidad de una separación **rogada**, como también la posibilidad de una separación acordada, **de oficio**, por el Juez del Concurso, en cambio el **art. 153** contempla, exclusivamente, una separación **rogada**; una separación que se lleva a cabo **a instancia de “cualquier interesado”** ⁽⁶⁵⁾, aunque hay quien cree que no existe razón para negar que, en este caso, también podría actuar **de oficio** ⁽⁶⁶⁾. Pero la razón por la que se llega a esta conclusión –una vez más- pasa por la asimilación del supuesto con una manifestación singular del sistema del art. 37, LConc: la separación por *“justa causa”* ⁽⁶⁷⁾.

En mi opinión, nuevamente se mezclan, aquí, dos cuestiones y dos fundamentos jurídicos distintos: evidentemente, uno podría recurrir a la vía del art. 37, LConc., para pedir una separación de administradores concursales –digamos- **negligentes o incumplidores**; el propio Juez del Concurso, **sobre la base del art. 37, podría acordar, de oficio, la separación**, porque –a no dudarlo- esa negligencia y ese incumplimiento constituirían *“justas causas”* de separación... Pero el **art. 153** proporciona un fundamento diferente; un fundamento que no precisa de negligencia, ni de incumplimiento subjetivo, sino –simplemente- de demora objetiva. Es entonces cuando se aprecia que el art. 153 es un precepto establecido al servicio del derecho a un proceso **sin dilaciones indebidas**; un derecho cuya oportunidad y conveniencia concreta es, en principio, tema que solo atañe a los interesados. No al Juez; ni siquiera al Juez. Por este motivo, no hay que confundir la separación de los acreedores incumplidores por el Juez, actuando *“de motu proprio”*, que se basa en la concurrencia de *“justa causa”*, conforme al art. 37... y la separación de los acreedores incumplidores por el Juez, actuando *“ex parte”*, sobre la base de una *objetiva* dilación en la práctica de las operaciones de liquidación, y que se lleva a cabo sobre la base del art. 153. En este caso, la separación solamente puede ser **rogada**.

Y, en este sentido, parece existir una cuarta diferencia, que tiene que ver con la **legitimación activa** para instar la separación, cuando ésta tiene lugar de manera roada: mientras que el **art. 37** contempla tanto la posibilidad de *“instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal”*, en cambio el **art. 153** contempla una separación que se lleva a cabo **a instancia de “cualquier interesado”** ⁽⁶⁸⁾, y ya la propia LConc./2003, a lo largo de su articulado nos ofrece ejemplos o alusiones a sujetos concretos, a los que se considera *“interesados”* en el

⁶⁵ .- CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1073.

⁶⁶ .- CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1072.

⁶⁷ .- CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1072.

⁶⁸ .- CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1072.

Concurso: el FOGASA. [art. 184, LConc.], el Ministerio Fiscal [art. 184, LConc.], los representantes de los trabajadores [art. 64, LConc.] ⁽⁶⁹⁾.

En cualquier caso, la especialidad del supuesto del art. 153, respecto del contemplado en el art. 37, LConc. hace que sea posible la combinación de ambos preceptos; la combinación de ambas posibilidades, ya que es lo bien cierto que el supuesto especial no sustituye, ni excluye, al general, sino que se suma o se añade a él, de manera que el Juez del Concurso, con independencia de lo que previene el art. 153, también puede –ya de oficio o a solicitud de cualquiera de las personas legitimadas para instar el concurso- acordar la separación de la Administración Concursal, por concurrencia de justa causa, en cualquier momento del procedimiento ⁽⁷⁰⁾.

Desde luego, el art. 153 constituye una evidente manifestación de la estrecha relación que existe entre Liquidación Concursal y Administración Concursal; del vínculo entre aquella fase del procedimiento concursal... y la actividad característica de este órgano del procedimiento, que es la Administración concursal; una relación que –por lo demás- se hace especialmente patente en todo el contenido de la Secc. Tercera, “*De las operaciones de Liquidación*”, del Cap. II “*De la fase de Liquidación*”, Tít. Vº, LConc./2003, pues el protagonismo de las operaciones de liquidación recae en la Administración Concursal ⁽⁷¹⁾.

II.3.2.- Naturaleza jurídica de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación

Mas, precisamente porque el art. 153 representa una respuesta institucional a las exigencias que conlleva ese protagonismo de las operaciones de liquidación, que recae en la Administración Concursal, de inmediato se plantea una primera interrogante: **¿estamos ante un supuesto de incumplimiento –por mora- de una**

⁶⁹ .- CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1072.

⁷⁰ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420.

⁷¹ .- MORALEJO IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1641, quien señala que “*el Legislador parece partir de la premisa de que la liquidación es una fase que se promueve exclusivamente a impulso de los administradores concursales, como ejecutores de los actos concretos de enajenación sobre los bienes y derechos del concursado*”, aunque –acto seguido, y como ella misma anuncia, en el título del apartado Iº de su comentario al art. 153- formula “*una crítica a su excesiva generalidad*”, ya que señala que, si bien es cierto que la regla general es que la liquidación se lleve a cabo de acuerdo con un plan de liquidación elaborado por los propios Administradores del Concurso, y que va revestido de la aprobación del Juez, luego de abrirse un plazo de formulación de alegaciones y propuestas de modificación (tanto por el Deudor común, como por sus propios acreedores), la verdad es que las cosas no siempre acontecen de este modo, “*porque la falta de aprobación de un plan o la existencia de lagunas en el mismo obligarán a acudir a las reglas supletorias del art. 149, de acuerdo con las cuales es otro el órgano que dirige fundamentalmente las operaciones de liquidación del patrimonio concursal*”; a saber: el Juez.

obligación y, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad civil por daños, o –por el contrario- nos hallamos ante un caso de verdaderas “dilaciones indebidas en la tramitación de [un] proceso”? ¿Se trata, pues, de un caso de responsabilidad administrativa o, en su caso, disciplinaria? ¿Cabrían estas distintas posibilidades, de forma cumulativa y coherente, o acaso se trata de posibilidades incompatibles y recíprocamente excluyentes? Desde luego, es necesario comenzar reconociendo que la separación de los administradores del concurso constituye una de las dos modalidades de **cese forzoso** que contempla la LConc./2003 ⁽⁷²⁾: la otra es la recusación ⁽⁷³⁾. Por consiguiente, es harto dudoso que podamos ver en este fenómeno algo comparable a la mora o, en general, algo pertinente al régimen jurídico de la Obligación y de su cumplimiento e incumplimiento; por o menos, me parece harto dudoso que estemos en presencia de algo que solamente podría referirse al régimen jurídico de las obligaciones, como derechos/deberes patrimoniales, de naturaleza jurídico-privada y de estructura “*in personam*”.

Bien por el contrario, aquí parece que de lo que se trata es de una relación claramente pertinente al ámbito del **Derecho público**. Por este motivo, creo que **no** puede calificarse la separación de los administradores concursales, como un supuesto de **responsabilidad civil**, ni contractual, ni extracontractual. Me explico; como esa sabido, la Responsabilidad civil es un término que puede ser entendido en dos sentidos estrechamente relacionados: objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo –y comenzaré, por el segundo, porque me parece más importante y más clarificador-, la Responsabilidad civil designa una **obligación**; un “*iuris vinculum in personam*” de contenido patrimonial, que se caracteriza –fundamentalmente- por su objeto y, aún más si cabe, por su causa. Se caracteriza por su causa, porque se trata de una obligación indemnizatoria, resarcitoria, que persigue reparar el daño causado por su Deudor, al Acreedor, cuyos intereses legítimos ha lesionado injustamente, ora por consecuencia de haber incumplido una obligación preexistente, ora por infringir el deber general de “*neminem lædere*”. Y, en cuanto a su objeto, la naturaleza resarcitoria determina –o, siquiera propicia muy intensamente- el que la prestación que debe efectuar el Deudor-responsable civil, sea una prestación pecuniaria, porque el Dinero –en este contexto- permite, al mismo tiempo cuantificar el daño causado y, correlativamente, determinar la cuantía y la modalidad de la prestación indemnizatoria.

Y, en sentido objetivo, la Responsabilidad civil designa una **f fuente de obligaciones**; la fuente de las obligaciones resarcitorias, que consiste en el **daño ilícito causado**, por la conducta del Responsable civil, o –desde un punto de vista funcional- que consiste en la **causación ilícita del daño**, o en la **lesión ilícita del interés ajeno... como consecuencia de la conducta dañosa**. “*Tanto monta, monta tanto*” . Lo que se quiere dar a entender es que la fuente de la obligación resarcitoria no es la voluntad, ni del Legislador, ni de los particulares, sino que –de modo inmediato- la obligación surge del daño causado, porque la causación de un daño es –por principio- antijurídica [“*alterum non lædere debemus*”, “*alterum lædere non licet*”].

Pues bien; con independencia de que la LConc./2003 ya contempla, de forma específica y separada, la Responsabilidad Civil de los Administradores concursales, adoptando un régimen muy parecido, aunque no

⁷² .- TIRADO,I.: “*Los Administradores Concursales*”, cit., p. 523.

⁷³ .- TIRADO,I.: “*Los Administradores Concursales*”, cit., p. 523.

idéntico, al de la Responsabilidad Civil de los Administradores sociales, y esa regulación se hace **separadamente, tanto del cese de los Administradores concursales como –más, aún, si cabe- del cese de ellos “por dilación indebida de la liquidación”**, resulta que lo que previene el art. 153, LConc. nada tiene que ver, en nada recuerda o se parece a una responsabilidad civil: el art. 153 no habla de indemnizar, ni de reparar los daños... De hecho, **ni siquiera exige la causación de un daño**. En estas condiciones, no se puede –en modo alguno- hablar de responsabilidad civil.

De hecho, la Ley ya regula propiamente la **responsabilidad civil** de los Administradores Concuriales ⁽⁷⁴⁾; lo hace en un precepto diferente y muy alejado del art. 153 –me refiero al **art. 36, LConc.**-, y lo hace en términos que recuerdan muy intensamente al régimen de la responsabilidad civil de los administradores sociales, con la diferencia –sustantiva- de que los módulos de comportamiento son sutilmente diferentes: ciertamente se recurre al módulo ético del “*representante leal*” ⁽⁷⁵⁾, pero cuando se trata del módulo de diligencia, no se habla de “*ordenado comerciante*”, sino del “*ordenado administrador*” ⁽⁷⁶⁾, lo cual –en mi opinión- responde a la circunstancia de que los Administradores Concuriales no se encargan de la gestión de una empresa, asumiendo todo el poder directivo de ella. Incluso aunque el Concurial esté sometido a intervención, conserva el poder de dirección supremo. Y, por tanto, cualquier otro poder será, no originario, sino derivado, y no podrá considerarse supremo y propio, sino delegado. En esto difieren los Administradores Concuriales, de los Administradores sociales. Además, cuando se trata de la Liquidación, ya ni siquiera parece adecuado hablar de un ordenado comerciante, cuando el ejercicio del comercio ha dejado paso a una gestión liquidadora-extintiva de la Empresa.

Sin embargo, fuerza es reconocer que la previsión del art. 153, LConc. constituye una evidente manifestación de la complejidad que existe en las relaciones vinculadas al ejercicio privado de funciones públicas. En este sentido, **más dudoso** –es decir: no menos verosímil, sino todo lo contrario: menos evidente y, por tanto, más susceptible de debate- sería afirmar –o, por el contrario, negar- que la separación de los administradores concursales, por prolongación indebida de la liquidación, pueda calificarse como **una medida sancionadora o disciplinaria**, aun cuando tanto las palabras de la E.M./LConc., como las de algunos autores aludan, expresamente, al término “*sanción*” ⁽⁷⁷⁾

⁷⁴ .- SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: “Instituciones...”, cit., t. II, 36ª ed. [9ª en Aranzadi], p. 597. MARTÍNEZ SANZ,F.: “Responsabilidad Civil y Penal de los Administradores Concuriales”, en ADConc., 2014, nº 31, enero-abril, p. 66.

⁷⁵ .- SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: “Instituciones...”, cit., t. II, 36ª ed. [9ª en Aranzadi], p. 597.

⁷⁶ .- SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: “Instituciones...”, cit., t. II, 36ª ed. [9ª en Aranzadi], p. 597.

⁷⁷ .- SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1361. HUALDE LÓPEZ,I.: “Régimen jurídico de la Administración Concurial en...”, cit., p. 185, quien afirma que “La separación de los administradores concursales or prolongación indebida de la liquidación no sólo acarrea el lógico nombramiento de quienes hayan de sustituirles (art. 153.2...), sino también la sucesiva aplicación de dos sanciones de índole económica”. GÓMEZ MARTÍN,F.: Artículo 153. Separación..., cit., p. 2624, quien habla, expresamente, de “la sanción de separación del cargo, por el transcurso de un año

A decir verdad; incluso en el mismísimo ámbito jurídico, frecuentemente **el propio término “sanción” es utilizado en un sentido tan amplio... que resulta impropio**; en un sentido descriptivo; en un sentido socioeconómico y no técnico; en un sentido que *no es* el que debe tener, desde la perspectiva positiva y desde el punto de vista dogmático, el susodicho término “sanción”. En este sentido, incluso en **relaciones jurídico-privadas**, pueden adoptarse **medidas penalizadoras**: la **resolución** contractual por incumplimiento, del **art. 1124, CC.**, aplicable en las relaciones contractuales sometidas al Derecho civil y mercantil, el **despido disciplinario**, del Derecho laboral.

Mas tengo la sospecha de que, **ni la resolución contractual, ni el despido disciplinario** pueden explicar el fenómeno de la separación de los Administradores concursales: Para empezar, es obvio que la relación de prestación de servicios de los administradores concursales **no es** una relación jurídico-laboral. La Administración Concursal; sobre todo cuando es ejercida por una Persona jurídica, no se lleva a cabo sobre la base de un contrato de trabajo, en el que los administradores concursales sean los trabajadores, y el Juez, o la Administración pública, el Empleador.

En cuanto a la **resolución por incumplimiento**, sobre la base del art. 1124, CC., las dudas son muchas: ciertamente, ambos preceptos –art. 1124, CC. y el 153, LConc.- presentan notables concomitancias, cual si nos hallásemos ante un fenómeno de evolución convergente; ante dos especies biológicas completamente distintas, pero de morfología muy parecida: la idea de **resolución de un vínculo, con “restitutio in integrum”**, parece el común denominador entre ambos preceptos y ambas situaciones. Pero, a partir de este punto, las **diferencias** son muchas y profundas; de hecho, son **esenciales**: para empezar, **no estamos ante una relación contractual**; por no serlo, ni siquiera estamos ante un contrato administrativo. No digo que no pudiera haberse configurado como tal... pero, de hecho, no ha sido así: el Contrato Administrativo sigue siendo un verdadero contrato; El fenómeno de refracción normativa que ocasiona la presencia de la Ley nº 30/2007, de 30.10.2007, de Contratos del Sector público **no supone ninguna diferencia ontológica entre los contratos “administrativos” y los contratos “privados”**, aunque otra cosa se quiera defender, incluso proponiendo un nuevo término -el de “*contreto*”, en vez de “*contrato*”-, para designar esta institución, supuestamente diversa del Contrato privado; del Contrato, sin más.

En segundo lugar, el Administrador Concursal no presta servicios en régimen obligacional jurídico-privado, sino que **desempeña una función pública... a través de un vínculo orgánico, también público, originado en la Ley procesal**, lo cual hace difícil aplicar, aquí, los conceptos de sinalagma o de reciprocidad. Además, el art. 1124 exige que tuviera lugar un incumplimiento sustancial de las obligaciones recíprocas fundamentales, siendo así que el incumplimiento solo puede ser culpable o doloso, de modo que si se debe a circunstancias fortuitas no puede calificarse, propiamente, como un incumplimiento. En cambio, ya hemos visto que el art. 153 no precisa de culpabilidad alguna.

desde la apertura de la fase de liquidación, salvo que exista causa justificada de la dilación”. CADENAS DE GEA,C.: “La Retribución de los Administradores ...”, cit., p. 161.

Ni siquiera podemos pensar en que se trate de un caso de –libre- **revocación del encargo**, como el que prevé el **art. 279, CCo.**, respecto del Comisionista, porque –a estas alturas- parece fuera de toda discusión que los Administradores Concursales no son mandatarios; que no desempeñan su cargo en virtud de una relación de comisión. A mayor abundamiento, la libertad de revocación de la comisión se establece en interés del Comitente, que es libre de revocar o no, mientras que –en este caso- el interés que predomina es el de los Justiciables e interesados.

Por el contrario, parece que debemos movernos en el plano de las **técnicas del Derecho público**, y –en este sentido- cabe señalar que, de acuerdo con el Diccionario Jurídico Espasa –que atiende, ya, a criterios de precisión dogmática, o al menos así lo pretende-, la voz **sanción, -ones**, aparece hasta cinco veces, comenzando por una acepción –la primera- que no reviste interés a los presentes efectos [se trata de la voz **sanción real**]. Más importantes –léase: “*pertinentes*”- son las demás: “**sanción tributaria**”, “**sanciones**”, “**sanciones administrativas**” y “**sanciones internacionales**”. Pues bien; dado que de estas cuatro, la última no se define, sino que –directamente- contiene una remisión a otra voz distinta [**medidas de autotutela**], nos quedan las otras tres. Sin embargo, de ellas, sólo una voz contiene propiamente una noción directa y precisa de lo que es una sanción: me refiero a la voz “**sanciones administrativas**”, que las define en los siguientes términos: “**son las privaciones de bienes o derechos impuestas por la Administración a un administrado, como consecuencia de una actividad ilegal que le es imputable**” ⁽⁷⁸⁾. Las restantes voces no contienen esa definición, sino que parecen asumirla o darla por supuesta ⁽⁷⁹⁾.

Existen, sin duda, otras definiciones de la noción “**sanciones administrativas**”, como aquella –amplia- que habla de “*el mal que inflinge una Administración Pública a una persona ante el incumplimiento de una norma de Derecho público*” ⁽⁸⁰⁾, aunque –finalmente- podemos llegar a una definición, estricta, que identificaría a la Sanción como “*una restricción de derechos que tenía previamente el sancionado, que sea adecuada al mal causado, que tenga finalidad disuasoria de futuros incumplimientos y muy especialmente que se imponga en retribución del incumplimiento*” ⁽⁸¹⁾

⁷⁸ - C[armen] D[íez] V[alle]: Voz Sanciones administrativas, en VV.AA.: “*Diccionario Jurídico Espasa*”, edit. ESPASA-CALPE/FUNDACIÓN “TOMÁS MORO”, Madrid, 1991, p. 902.

⁷⁹ - Así, p.e., de acuerdo con J[osé] R[amón] R[ecuero] A[stray]: Voz Sanción tributaria, en VV.AA.: “*Diccionario Jurídico Espasa*”, edit. ESPASA-CALPE/FUNDACIÓN “TOMÁS MORO”, Madrid, 1991, p. 901, “sanción tributaria” es “*la aplicable a una infracción tributaria*”, para enumerar –seguidamente- las sanciones que son aplicables, con carácter general, por dichas infracciones tributarias.

⁸⁰ - Vid. Ref. en CANCER MINCHOT,P., PEREÑA PINEDO,I., ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ,I., GALLEGU CABALLERO,F.: “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, dir. Por J.De Fuentes Bardají, coord. I.Pereña Pinedo, edit. MINISTERIO DE JUSTICIA/THOMSON – ARANZADI,SA., Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 112.

⁸¹ - CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGU CABALLERO: “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, cit., p. 113.

Es evidente que existen supuestos de sanciones administrativas de carácter *“rescisorio”*, que se caracterizan por la circunstancia de que el mal; la consecuencia desfavorable, que la Administración sancionadora impone al Particular sancionado, consiste, no en la imposición de una obligación positiva de dar, de contenido pecuniario [Multa], sino en la *“pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja”* de que disfrutaba el susodicho Particular, como consecuencia de un acto o contrato administrativo, cuya situación deja la Administración sin efecto, temporal o definitivamente, *“como consecuencia de una conducta ilegal... realizada desde la titularidad de dicho acto [administrativo]”* ⁽⁸²⁾, y es evidente –por tanto- que la separación de los Administradores Concursales, prevista en el art. 153, LConc., podría parecerse a una de estas sanciones, pero –a pesar de todo- no debemos dejarnos confundir por esa apariencia externa de identidad, porque –en todo lo demás, y, sobre todo, en todos los aspectos sustanciales; es decir: pertinentes a la sustancia o la esencia de las cosas- no concurren, aquí, los elementos constitutivos de la Responsabilidad Administrativa, ni disciplinaria, ni sancionadora común u ordinaria.

Para empezar, la separación de los Administradores Concursales, prevista en el art. 153, LConc., **¿podría considerarse que tiene carácter de medida disciplinaria? ¿Estaríamos ante una manifestación de la Potestad Disciplinaria?** Sin duda, es evidente que existen **potestades disciplinarias en el ámbito judicial-procesal**, y son de muy diversa índole: algunas, son falsas potestades disciplinarias; potestades disciplinarias *“impropias”*, en el sentido de que no son potestades administrativas, sino judiciales o procesales: es el caso de las llamadas correcciones o sanciones disciplinarias propias de la llamada *“policía de estrados”*, que siempre han ostentado los jueces y tribunales, sobre los **abogados y procuradores, e incluso sobre los particulares** ⁽⁸³⁾.

Pero sucede que la situación o la condición jurídica de los abogados y procuradores, y –con mayor motivo, aún- la de los justiciables en el seno del Proceso –incluyendo su situación o condición, en el seno del Concurso-, que es la de *“partes procesales”* –o representantes de ellas-, es profundamente; esencialmente distinta de la de los Administradores Concursales, que –como se sabe- son órgano del Proceso, y ejercen una función pública judicial o procesal. Cuando nos encontramos con esta situación, ya no podemos situarnos en el plano de la estricta *“policía de sala”* o *“policía de estrados”*, sino que nos vemos forzados a pensar en términos de **responsabilidad disciplinaria de los órganos de la Administración de Justicia**, que también existe, y ya no puede ser considerada como una potestad meramente procesal, sino como una **verdadera potestad – disciplinaria- administrativa** ⁽⁸⁴⁾.

⁸² .- GARCÍA DE ENTERRÍA,E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,T-R.: *“Curso de Derecho Administrativo”*, edit. CIVITAS,S.A., 8ª ed., Madrid, 2002, ps. 172 y s.

⁸³ .- DEL GUAYO CASTIELLA,I.: “El control jurisdiccional de la Potestad sancionadora de la Administración Judicial”, en *“Poder Judicial”*, 1992, nº 27 ps. 55 y ss. CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: *“Manual de Derecho Administrativo Sancionador”*, cit., ps. 1777 y ss., en relación con las sanciones impuestas por los órganos de la Administración de Justicia, a abogados y procuradores y a particulares “en cuanto sometidos a la llamada policía de sala o policía de estrados”.

⁸⁴ .- DEL GUAYO CASTIELLA,I.: “El control jurisdiccional de la Potestad sancionadora de la Administración Judicial”, en

Ahpra bien, situados en la citada perspectiva o en el citado contexto de la Potestad Disciplinaria –digamos- “*interna*”, de la Administración de Justicia; de la Potestad disciplinaria “*ad intra*” o “*adversus membros suos*”, se nos plantea un problema evidente: que **los Administradores Concursales –ya lo dije- no son funcionarios públicos, ni siquiera interinos; tampoco pertenecen a la Carrera Judicial**, de modo que no se encuentran vinculados por esa relación especial de sujeción –uno de los pocos ejemplos de verdadera relación especial de sujeción, propiamente dicha-, con la Administración Pública, que justifique dotarlos de todo un estatuto profesional-funcionario, cuya relación especial constituye –como es sabido- uno de los elementos fundamentales; por no decir, el fundamental y característico, de la Potestad Disciplinaria ⁽⁸⁵⁾

Sin embargo, también es cierto que el **art. 35, nº 4, LConc.** establece que la Administración Concursal “*estará sometida a la supervisión del Juez del concurso*”, y que, “[e]n cualquier momento, el juez podrá requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso”. Y esta relación o vínculo de “*supervisión*”, obviamente, extravasa de los límites de la relación de sujeción general, para adquirir unos tintes más particulares e intensos. **¿Estaríamos, ya, ante una relación de sujeción administrativa más intensa; “especial”, siquiera “lato sensu”?**

Otra posibilidad sería –acaso- considerar que se trate de una responsabilidad disciplinaria de las vinculadas, no a una relación especial de sujeción, sino a los supuestos de incardinación del Particular en el seno de un **ordenamiento sectorial**, como sucede con las Entidades de crédito. Solo que en este caso, el ordenamiento sectorial estaría constituido por el propio **Concurso**. En este sentido, uno podría preguntarse si no sería posible sugerir –cuando menos, en apariencia- que los Administradores Concursales se hallan insertos en un grupo o conjunto de sujetos que, por razón de su especial actividad –aunque sea la de intervención en el Proceso-, se integran en un grupo especial sometido a una Autoridad administrativa específica –sectorial-, en este caso el Juez del Concurso, con la que se hallan unidos por unas relaciones de sujeción más intensas –la de ejercicio de una función orgánica, y, correlativamente, la de supervisión-, al tiempo que, en un sentido horizontal, se encuentran mutuamente relacionados por una suerte de solidaridad de intereses, que genera una necesidad de recíproca autoprotección [representada, en el Derecho bancario, por los fondos de garantía de depósitos], y sometidos a un sistema de fuentes, digamos, especial.

Todo esto es discutible, aunque lo que sí parece indiscutible es que existe una **potestad sancionadora –disciplinaria- reconocida a los Tribunales de Justicia** ⁽⁸⁶⁾, que la ejercen sobre los abogados y sus

“Poder Judicial”, 1992, nº 27 ps. 55 y ss. CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, cit., ps. 157, 871 y ss., y 1777, en relación, esta vez, con las sanciones impuestas a los órganos de la Administración de Justicia –jueces y magistrados-, o al personal al servicio de la Administración de Justicia.

⁸⁵ - CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, cit., p. 777.

⁸⁶ - CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, cit., p. 157.

representados, para el mantenimiento del buen orden del Proceso.

Bien, pero la Responsabilidad Disciplinaria no es sino una modalidad especial de la Potestad Sancionadora de la Administración, y esta última –cuando no es disciplinaria- puede afectar a cualquier Particular, como bien reflejan los arts. 127 y ss. de la Ley nº 30/1992, de 26.11.1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [LRJAP.yPac.]; unos preceptos que –para empezar- pretenden, sólo, establecer los “**principios**” de la Potestad Sancionadora y del Procedimiento sancionador; sólo los principios, no el completo régimen, ya que sería inabarcable. Lo que sí es evidente es que –como establece el **art. 129, nº 1, LRJAP.yPac.**- “[s]ólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985..., Reguladora de las Bases del Régimen Local”; razón por la cual –poco después- el mismo precepto –**art. 129, nº 2**- añade que “[ú]nicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”, para concluir –**art. 129, nº 4**- disponiendo que “[l]as normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”.

Es decir: que una Ley ha de prever como “*infracción administrativa*” la conducta que se quiera reprimir, cosa que –en mi opinión- no hace el art. 153, LConc.

En primer lugar, el elemento de **tipicidad-antijuridicidad** parece que se encontraría muy –entiéndase: excesivamente- difuminado; erosionado. La Infracción administrativa es típicamente antijurídica ⁽⁸⁷⁾ –además de culpable y punible-, como el Delito; debe estar contemplada y definida como infracción en una **Ley, aunque sea en sentido material** ⁽⁸⁸⁾, y –en este sentido- debemos atender a lo que previene el **art. 129, nº 1, párr. 1º, LRJAP.yPAC., “Principio de tipicidad”**, cuando dice:

⁸⁷ - GONZÁLEZ NAVARRO,F.: Artículo 129. Principio de Tipicidad, en GONZÁLEZ PÉREZ,J. y GONZÁLEZ NAVARRO,F.: “Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”, t. II, “Título IX. De la Potestad Sancionadora”, edit. CIVITAS,S.A., 2ª ed., Madrid, 1999, p. 2564.

⁸⁸ - VALENCIA MARTÍN,G.: “El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito Administrativo”, en Comentario al Artículo 25, en VV.AA.: “Comentarios a la Constitución Española. XXXº Aniversario”, dir. Por Mª.E.Casas Bahamonde y M.Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, coord. por M.Pérez Manzano e I.Borrajo Inieta, edit. FUNDACIÓN WOLTERS-KLUWER, Las Rozas (Madrid), 2008, ps. 748 y ss., quien comienza señalando que el ejercicio, por parte de las Administraciones públicas, de potestades sancionadoras, debe estar “*revestido de garantías parangonables a las que rigen en el ámbito penal, tanto en aspectos sustantivos, como procedimentales*”, comenzando por establecerse un principio de “*predeterminación normativa de las infracciones y sanciones*”; es decir: lo que se conoce como “mandato de tipificación” o “de taxatividad” o “de ley cierta y estricta”, de modo que “*la legislación sancionadora debe garantizar la previsibilidad por parte de los ciudadanos de las conductas constitutivas de infracción y de las sanciones que llevan aparejadas*”. Dicho de otro modo: la Potestad Sancionadora es una “potestad reglada”

“1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local...”

Pues bien; comentando este precepto, dice GONZÁLEZ NAVARRO algo que me parece enormemente relevante y pleno de significación; a saber: que *“na cosa es creer, y afirmar, y hasta defender que la infracción tiene que estar tipificada de antemano, para que cada cual sepa a qué atenerse, y otra cosa es saber cómo se consigue esto, lo que no es, ni mucho menos, empresa fácil”* ⁽⁸⁹⁾. Me permitiré hacer mi propia exégesis de las palabras del prestigioso jus-administrativista, o –mejor dicho- extraer de ella algunas consecuencias o formular algunas consideraciones que, en apariencia, no llegó a plantear: cuando se trata de la tipificación de los delitos y faltas... la primera y fundamental pista que se nos ofrece es su incardinación formal en un texto que **se autocalifica como “penal”**: el **“Código penal”**; un código; un texto legal, que –por definición- contiene, básicamente, delitos y penas; tipos penalmente sancionados, y las sanciones –penales- que por ellos se imponen. Cosa parecida sucede en la **legislación administrativa**: el **Tít. IXº, LRJAP.yPAC.** se autodenomina como el recipiente o el contenente **“[d]e la Potestad Sancionadora”**, lo cual se explica porque la Ley donde se contiene, no es una ley, toda ella, exclusivamente sancionadora, sino que contiene –con carácter general- el **“régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común”**: se hace preciso **acotar formalmente un sector –un Título- para las normas sobre la potestad sancionadora.** Y otro tanto sucede en muchas otras leyes jurídico-administrativas –digamos- transversales, que deben incluir el correspondiente régimen sancionador ⁽⁹⁰⁾

Pero cuando nos encontramos con un precepto como el **art. 153, nº 1, LConc.**, caracterizado por el hecho de establecer –simplemente- que, *“[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los*

⁸⁹ .- GONZÁLEZ NAVARRO,F.: Artículo 129. Principio de Tipicidad, cit., en GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO: *“Comentarios...”*, t. II, “Título IX...”, 2ª ed., p. 2571.

⁹⁰ .- Un buen ejemplo lo constituiría el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 05.09.2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuyo Título IV –que contiene, así lo dice expresamente, el Régimen sancionador- está formado por dos capítulos, a su vez divididos en secciones, y trata –en su Cap. Iº- de las Infracciones; de su concepto y clasificación [arts. 305 a 308]; de la Prescripción [art. 309] y de los responsables [art. 310], y en su Cap. IIº, de las sanciones y otras medidas, dividiendo la materia en 4 secciones, comenzando por la Secc. 1.ª Disposiciones generales, formada por un único art. 311, sobre los Principios generales, siguiendo por una Secc. 2ª, relativa a las Sanciones aplicables y, también, a las medidas no sancionadoras. La Secc. 3ª, trata –en cambio- de una materia aparentemente ajena y extravagante: la indemnización por daños y perjuicios [art. 316], y –por fin- la Secc. 4ª trata del Procedimiento, medios de ejecución y medidas cautelares. Otro buen ejemplo sería el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29.10.2004, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, Cap. III, Secc. 5ª, contiene el “régimen de infracciones y sanciones”.

*administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos”, parece lógico –e incluso parece obligado- preguntarse si representa ésto, o no representa, la debida tipificación de una infracción y de la sanción que le corresponde, en los términos que exige el citado art. 129, LRJAP.yPAC. No podemos olvidar que este último precepto dice que “**sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley**”, y uno no puede dejar de preguntarse qué significa, exactamente, ese “**previstas como tales infracciones**”. ¿Es que acaso la Ley tipificadora debe ser completamente explícita; formalmente explícita; casi ritual –por así decirlo- a la hora de tipificar una conducta como verdadera infracción. ¿Acaso es preciso que, formalmente, la norma permita identificar, sin mayor problema, una prescripción como tipificadora y administrativamente sancionable, evitando cualquier posible riesgo de confusión entre los que es, propiamente, una infracción administrativa sancionable, objeto –pues- de las propias Potestades Sancionadora y/o Disciplinaria... y otro tipo de medidas que sólo en apariencia o en un sentido impropio, pueden considerarse “*infracciones administrativas*” o “*disciplinarias*”? (). Yo **así lo creo**, y –por este motivo- considero que **procede negar que estemos ante cualquier tipo de sanción** –sea disciplinaria o administrativa-, **en sentido propio**, aunque fuerza es reconocer que –en apariencia- el criterio del TC. es diferente.*

En efecto, el TC. parece optar por un **criterio material o sustantivo**, en lugar de –como aquí se propone- por un criterio formal, pues decisiones como la **STC., nº 276/2000, de 16.11.2000** ⁽⁹¹⁾, en la que se planteó la necesidad de dilucidar cuál era la verdadera naturaleza del recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria por ingreso fuera de plazo, impuesto por el art. 61, nº 2, de la antigua Ley nº 230/1963, de 28.12.1963, General Tributaria, liquidado al actor en el recurso contencioso-administrativo núm. 1203/1993 por el ingreso extemporáneo del IRPF correspondiente al cuarto trimestre de 1991, dado que si se tratara de una sanción habría que decretar la nulidad de dicha liquidación por su contradicción con los arts. 24 y 25, nº 1, en relación y combinación con el 9º, nº 3, Const.Esp., «*al haberse prescindido de cualquier tipo de procedimiento sancionador y tratarse, en suma, de una sanción de plano*». La Sala “*a quo*” consideraba, al respecto, que “*la naturaleza sustancial del recargo cuestionado coincid[ía] con la de las sanciones. Efectivamente, tras subrayar, con palabras extraídas del Voto particular a la STC 164/1995, ..., que la «naturaleza de las instituciones está en su estructura y en su función», afirma[ba] el órgano judicial que el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria [tenía] «igual naturaleza que la de la sanción pecuniaria por retraso en el pago». La naturaleza sancionadora*

⁹¹ - STC., nº 276/2000, de 16.11.2000; Ponente: D. T.S. Vives Antón, con Votos particulares formulados por los magistrados D. Rafael Mendizábal Allende y D.Fernando Garrido Falla, recaída en Cuestión de Inconstitucionalidad, nºs. 662/1997, 1740/1997, 1757/1997 y 1758/1997, planteadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria en su redacción dada por la disposición adicional 14.2 de la Ley 18/1991, de 6 junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por supuesta vulneración de los artículos 24.2 y 25.1, en relación con el artículo 9.3 de la CE: declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso primero del párrafo primero del art. 61.2 de la Ley General Tributaria, en <<http://aranzadi.aranzadigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?tid=&docguid=lcbeb34c0f47211dba7bd010000000000&base-guids=RTC\2000\276&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&sruid=&src=withinResuts>>. Decisión también cit. en CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, cit., p. 113.

que se denuncia[ba] e[ra] especialmente clara –siempre a juicio de la Sala– en el caso del recargo del 50 por 100 de la cuota tributaria que la norma establec[ía] para los retrasos superiores a tres meses, cuantía esta que coincid[ía] exactamente con la sanción mínima prevista en el art. 87.1 LGT. [de 1963] para las infracciones tributarias tipificadas en el art. 79 a) LGT. [de 1963] consistentes en dejar de ingresar la totalidad o parte de la deuda tributaria dentro de los plazos reglamentariamente señalados (dicha sanción, que en el momento en el que se produjo el retraso en el ingreso del IRPF por el actor era del 50 al 300 por 100 de la deuda, tras la reforma de la LGT operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, sería del 50 al 150 por 100)”. “En fin –concluía-, lo que como medida sustitutoria ordena[ba] el art. 61.2 LGT. [de 1963] a juicio del órgano que promueve la cuestión «e[ra], sencillamente, la imposición de la sanción en su grado mínimo, si la infracción e[ra] de simple retraso superior a tres meses y si el retraso e[ra] de carácter leve, esto es, no superior a los tres meses, el incremento de la deuda tributaria ser[ía] sólo del 10 por 100, que, por lo demás, coincid[ía] con el importe del anterior interés de demora mínimo y con el antiguo recargo de prórroga». Y, la consecuencia o la conclusión que extraía, de todo ello, la Sala “a quo” era la siguiente:

“d) Sentada la naturaleza punitiva del «recargo único» cuestionado, según la Sala proponente, hay que concluir que su aplicación «no puede tener lugar de una manera automática, sino siguiendo los trámites del procedimiento sancionador y de acuerdo con los principios que lo inspiran y a los que, en todo momento, debe ajustarse la potestad sancionadora de la Administración»”

Pues bien; el criterio del TC., al respecto, fue el expresado en el **F.J.Tercero**, de la sentencia; a saber, que:

“...ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido de la improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del «ius puniendi» del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos... De manera que la primera cuestión que debemos abordar es si, como se denuncia en los Autos de planteamiento de las cuestiones, el recargo del 50 por 100 tiene carácter sancionador, dado que únicamente en este caso le resultarán de aplicación las garantías materiales y procesales recogidas en los arts. 24 y 25 [Const.Esp.] y, en consecuencia, procederá examinar si la norma ahora impugnada respeta las referidas garantías.

Pues bien, para efectuar la indagación a que acabamos de referirnos es preciso partir de la doctrina que, también respecto de un recargo por ingresos extemporáneos sin previo requerimiento de la Administración, aunque en cuantía del 10 por 100, sentamos en la tantas veces citada STC 164/1995 -...-, pronunciamiento alrededor del cual giran, tanto la argumentación de la Sala que plantea las cuestiones cuanto las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal.

A este respecto, tal y como hicimos en la citada STC 164/1995, hay que dejar constancia antes que nada, con el Abogado del Estado, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de

las sanciones. En efecto, el legislador, no sólo no califica formalmente a dicho recargo como sanción, ni prevé expresamente para su imposición el procedimiento sancionador que recogen los arts. 77 y ss. LGT. [de 1963] y su norma de desarrollo (... el Real Decreto 1930/1998), sino que cuando el art. 61.2 LGT señala que los «ingresos correspondientes a declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo» darán lugar al recargo único del 50 por 100, establece expresamente en estos casos la «exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles», con lo que claramente está descartando en estos casos la aplicación del «ius puniendi» del Estado.

Por otro lado, sin embargo, como también hicimos constar en la STC 164/1995, es evidente que «algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora». En efecto, es claro, en primer lugar, que el recargo del 50 por 100 establecido en el art. 61.2 LGT. [de 1963] se aplica[ba] a quienes ha[bía]n realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario en el ordenamiento positivo, concretamente, en el art. 79 a) LGT. [de 1963], en virtud del cual, constitu[ía] infracción grave dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria. Es decir, tal y como sucede con las sanciones (...), el recargo cuestionado se aplica[ba] como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparec[ía] como responsable de la misma. En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuiciamos, en tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad – un 50 por 100 de la deuda tributaria dejada de ingresar en plazo–, incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas, esto es, queda claro que, del mismo modo que las sanciones, dicha medida se traduce en la restricción de un derecho. En tercer lugar, el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones. En fin, puede reforzar la imagen sancionadora del recargo la circunstancia de que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en su art. 4.3, haya señalado que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, «así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado».

Sentado lo anterior, debe recordarse que, como hemos dicho en otras ocasiones, ni el «nomen iuris» empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 [Const.Esp.] resultan aplicables (SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, F. 3). Y que –por más que resulte significativa–, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata –en este caso, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria– se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos (STC 239/1988, F. 2; ATC. 323/1996, F. 3). Precisamente ésta es la razón de que en la STC 164/1995 negáramos el sentido sancionador del recargo del 10 por 100, pese a que lo identificamos como «la respuesta a una conducta en principio tipificada como ilícito tributario y que consiste en una especie de multa o penalización económica» (F. 4).

Y es que, como hemos venido manteniendo, el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuiciamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el

acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, F. 3; 164/1995, F. 4; ATC 323/1996, F. 2); en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la «finalidad represiva, retributiva o de castigo» que hemos venido destacando como específica de las sanciones (SSTC 239/1988, F. 2; 164/1995, F. 4), habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los arts. 24.2 y 25 [Const.Esp.].

Este es, invariablemente, el criterio que ha venido siguiendo este Tribunal en los casos en los que ha tenido que pronunciarse sobre si un determinado acto tenía o no sentido sancionador. Así, en relación a los recargos del 10 por 100, este Tribunal llegó a la conclusión de que los mismos carecían de carácter sancionador al no ser su función represiva (esto es, al no estar diseñados como castigos del ilícito cometido); sino que, además de justificarse –al menos en parte– como resarcimiento inmediato, cumplían una función «coercitiva, disuasoria o de estímulo» semejante a la de las medidas coercitivas respecto al pago de la deuda tributaria, excluyendo, por otra parte, la aplicación de más severas medidas sancionadoras. Efectivamente, según se afirma en la STC 164/1995 –...–, la funcionalidad del recargo del 10 por 100 «no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión para el incumplimiento» (F. 5); y, aplicando esta misma doctrina, los citados AATC 57/1998 y 237/1998, consideraron notoriamente infundadas las cuestiones por las que se planteaba la inconstitucionalidad del recargo del 10 por 100 en la regulación que de este precepto estableció la Ley 18/1991 y acordaron su inadmisión por este motivo.

También hemos afirmado que con el incremento del 25 por 100 sobre el interés legal del dinero para cuantificar el interés de demora –art. 58.2 b) LGT en la redacción de la Ley 10/1985; art. 58.2 c) en la redacción de la Ley 25/1995, actualmente vigente– «no trata[ba] de sancionar una conducta ilícita, pues su sola finalidad consist[ía] en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al erario público por el perjuicio que a éste supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a los gastos públicos» [STC. 76/1990, de 26 de abril, F. 9 b)]”.

Consiguientemente, el **F.J. Cuarto** de la **STC., nº 276/2000** resumía que:

“En definitiva, de la doctrina que acabamos de sintetizar se deduce que para poder determinar si el recargo único del 50 por 100 que establece el art. 61.2 LGT enjuiciado tiene o no carácter sancionador, será preciso, como dijimos en la STC 164/1995, atender «a la función que dicho recargo tiene encomendada dentro del sistema tributario» (F. 3) o, lo que es igual, habremos de precisar, según hemos reiterado anteriormente, si dicho recargo tiene una función represiva –en cuyo caso, tratándose de una medida restrictiva de derechos que se impone como consecuencia de una infracción de la Ley, sólo podría justificarse, constitucionalmente, como sanción–, o si, por el contrario, a través del mismo se persiguen otras finalidades justificativas de las que se encuentre ausente la idea de castigo y que permitan, por lo tanto, aplicarlo sin necesidad de observar las garantías constitucionales que rigen la imposición de las sanciones.

Y a este respecto conviene destacar, en primer lugar, que, al igual que en el recargo del 10 por 100 que analizamos en la STC 164/1995, en el que ahora enjuiciamos cabe reconocer, antes que nada, nítidamente, una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, ya que también en este caso la amenaza de incrementar la deuda tributaria en el 50 por 100 constituye una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones fuera de plazo. Como hemos venido señalando esta función disuasoria del recargo se logra mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable. Y resulta obvio que el contenido material de esta consecuencia no difiere del que puede tener una medida sancionadora. Sin embargo, como hemos reconocido en otras ocasiones, una «cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción» (STC 164/1995, F. 4). De ahí que este Tribunal haya negado carácter sancionador a determinadas medidas que, aunque tenían una función disuasoria, no cumplían al mismo tiempo una función de castigo...

... Como decimos, en los supuestos citados se llegó a la conclusión de que la función disuasoria no convertía a las medidas empleadas para su consecución en sanciones, porque, en atención a su entidad y consecuencia, cabía entenderlas justificadas por finalidades distintas de la de castigar.”

Ahora bien; con todo y éso, estoy convencido de que la Doctrina constitucional que recoge la citada **STC., nº 276/2000** permite llegar a la conclusión de que **las previsiones del art. 153, LConc./2003 no poseen un carácter sancionador, ni disciplinario.**

Ante todo, estoy convencido de que las medidas que prevé el citado art. 153 –y parafrasearé los términos de la Sentencia- *“cabía entenderlas justificadas por finalidades distintas de la de castigar”*: aquí hay que ponerse en la posición, no de los Administradores Concursales separados... sino en la posición de los Justiciables; es la posición de los **acreedores concurrentes y el Deudor concursado**, como titulares del derecho a la tutela judicial efectiva y del **derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. No es, pues, que se quiera castigar a los administradores del concurso, **sino** que lo que se desea es **que el Procedimiento concluya, en un plazo razonable, habiéndose liquidado la Masa Activa, para así abonar los créditos pendientes**; finalidad ésta que no se ve suficientemente protegida con una medida sancionadora o disciplinaria, sino con una medida –en cierto sentido, hasta preventiva- que hace *“tabula rasa”* de consideraciones subjetivas, de imputabilidad y culpabilidad.

Por otra parte; también hay que considerar el verdadero sentido que tiene el criterio –digamos- material o sustantivo; es decir: **no-formal**, mantenido –reiteradamente- por el TC., hasta la STC. 276/2000: hay que considerar que por aquel entonces todavía estaba vigente una Ley **preconstitucional**; una Ley promulgada en el contexto de un ordenamiento jurídico que no era suficientemente respetuoso con los principios rectores de la Potestad Sancionadora. Por este motivo, las interpretaciones que se pudieran hacer de lo dispuesto en una Ley de 1963... ¿cabe hacerlas de una Ley publicada cuarenta años más tarde; en plena democracia; en pleno régimen constitucional?

Se dice –y es algo muy lógico- que “*ni el «nomen iuris» empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 [Const.Esp.] resultan aplicables*”. Pero esto lo unico que significa es que sería un fraude a nuestro Ordenamiento constitucional, y al sistema de garantías propio de un Estado que se dice “*de Derecho*”, que existiese un Derecho sancionador clandestino, irregular, oculto; un Derecho Sancionador “*que no osa decir su nombre*”, para –así- privar al Justiciable de las garantías constitucionales. Ahora bien; dicho esto... **¿acaso hay que despreciar olímpicamente el dato formal de la calificación legal “no-sancionadora”, y de una sistemática que aleja completamente una medida restrictiva, de las sedes formalmente asignadas a las normas de Derecho sancionador o Disciplinario?** No lo creo, en modo alguno.

En mi opinión, a estas alturas de nuestra Historia del Derecho, o de la Historia de nuestro Derecho, **creo que el Legislador ya no tiene nada que esconder**, y si no incluye una medida restrictiva, en el seno de una Ley, o de un Título, Capítulo o Sección de una Ley, explícitamente identificable como sancionadora, posiblemente ello sea debido a que no tiene intención de configurar ni la medida, como sanción, ni el hecho por el que se adopta, como infracción. En este sentido, la LConc./2003 no es, en sí misma, ni una ley penal, ni una ley administrativa –exclusivamente- sancionadora. Podría considerarse, sí, una de esas leyes transversales que deben incluir, en su articulado, una regulación sancionadora o disciplinaria... pero no la contiene. En estas circunstancias, **¿por qué insistir en calificar las previsiones del art. 153, LConc., como normas sancionadoras?** Salvo que mediere una intención torcida o un grave defecto de técnica legislativa, ¿no parece más sensato concluir que lo que no se presenta formalmente como una norma de tipificación-represión de conductas ilícitas; como una norma sancionadora, no puede ser razonablemente reconocido como tal, y entonces hay que concluir que no se ha tipificado como infracción sancionable, y sus consecuencias como verdadera sanción?

Por otra parte, ¿se corresponden las palabras que emplea el art. 153, LConc., con el lenguaje típico de las normas de Derecho sancionador o con normas que contemplan una Potestad disciplinaria, propiamente dicha? Y si no se corresponden, ¿puede ello tener trascendencia hermenéutica e institucional? ¿Es que el principio de tipicidad exige, no solo que la conducta sea legalmente prevista, y que –asimismo- venga lealmente prevista la consecuencia negativa correspondiente... sino –además- también que las previsiones legales sean claramente reconocidas como previsión, respectivamente, de una “*infracción*” y de una “*sanción*”? En mi opinión, **los términos del art. 153, LConc. no sugieren, en modo alguno, un propósito punitivo**, sino –más bien- un propósito de restauración del orden jurídico [procesal]⁽⁹²⁾; un orden que exige –en garantía de los Justiciables- que el Proceso; cualquier proceso judicial, incluídos –por qué no- los procedimientos concursales tengan una duración máxima razonable, porque todos tienen derecho a un Proceso sin dilaciones indebidas, aunque he de reconocer que muchos creen lo contrario, considerando que estamos, más bien, ante una medida –“*lato sensu*”- sancionadora; responsabilizadora: ante la reacción del Ordenamiento jurídico positivo, ante el hecho

⁹² - Y es que, como señalan CANCER MINCHOT/PEREÑA PINEDO/ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ/GALLEGO CABALLERO: “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, cit., p. 115, incluso cuando nos hallemos en presencia de una restricción de derechos, por el incumplimiento de alguna norma, sería necesario –además- para que pudiéramos hablar, propiamente, de una infracción y de una sanción administrativas o disciplinarias, una finalidad “*de retribución o castigo*”.

del incumplimiento de un deber ⁽⁹³⁾, como ya había sucedido con el viejo art. 111, nº 2 de la Ley nº 2/1995, de 23.03.1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada ⁽⁹⁴⁾; norma en la que se apreciaba una influencia recíproca entre el Derecho de sociedades y el Derecho Concursal... sin darse cuenta –o sin hacer caso- del hecho de que “*síndicos de la Quiebra*” y “*liquidadores*” sociales, de las sociedades de responsabilidad limitada... **son dos figuras absolutamente distintas, en su esencia, aunque análogas en sus cometidos.**

Por otra parte –y nuevamente, aquí respetuosamente disiento de la opinión de prestigiosos autores ⁽⁹⁵⁾-, **no parece que concorra el elemento de la “culpabilidad”**: si, como ya se anticipó, las palabras que emplea el art. 153, LConc. no se corresponden con el lenguaje típico de las normas de Derecho sancionador o con normas que contemplan una Potestad disciplinaria, propiamente dicha, ello supone –por una parte- que **no se alude a ninguna forma de culpabilidad, por parte de la Administración Concursal**: el precepto se limita a decir que “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales”, empleando una fórmula –por así decirlo- impersonal. De acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz **impersonal** (Del lat. *impersonālis*), tiene como segunda y tercera acepciones, las siguientes: **2.** adj. Que no se aplica a nadie en particular. **3.** adj. *Gram.* Se dice de la oración que carece de sujeto o en la que este se omite por desconocido o irrelevante; p. ej., *llueve, llaman por teléfono.*

En sentido estricto, no es una oración impersonal, porque en ella no se omite el sujeto: se habla de terminar la liquidación, por tanto hay un sujeto –“*la liquidación*”-, del que, sustituido por el pronombre “*ésta*”, se predica la acción representada por el verbo “*terminar*”. Pero sí que existe impersonalidad, en cuanto que es una acción que no se predica de una persona, sino de una actividad. Claro que las actividades, en cuanto son humanas, tienen sus propios sujetos agentes. En este caso, la actividad liquidadora tiene como sujeto característico a la Administración Concursal. Y, sin embargo, el art. 153 no se expresa en términos que aludan a la participación o la responsabilidad de ese sujeto –la Administración Concursal- en la no conclusión de la liquidación. No se dice algo como que “[t]ranscurrido un año

⁹³ - SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1362. MORALEJO IMBERNÓN, N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1641.

⁹⁴ - SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1362, quien vincula el origen del art. 153, LConc., con el viejo art. 111, nº 2, de la Ley nº 2/1995, de 23.03.1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que disponía que “[t]ranscurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se [hubiera] sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podr[ía] solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordar[ía] la separación si no existiere causa que justifi[case] la dilación y nombrar[ía] liquidadores a la persona o personas que [tuviese] por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabr[ía] recurso alguno”, añadiendo-en párrafo a parte- que “[l]a retribución de los nuevos liquidadores ser[ía] la establecida para los síndicos en caso de quiebra”.

⁹⁵ - SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1363.

desde la apertura de la fase de liquidación sin que los administradores concursales la hubieran finalizado, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales”; menos aún se dice nada parecido a que “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, por culpa de los administradores, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales”, etc. Muy por el contrario, **nada sugiere que al Legislador Concursal le interese la actitud o disposición subjetiva de los Administradores del Concurso**. Y esto resulta por completo ajeno a la Potestad Sancionadora y a la Potestad Disciplinaria; al régimen sancionador común y a los regímenes especiales, vinculados –p.e.- a relaciones especiales de sujeción: son las consecuencias del **principio de responsabilidad** y, si bien es cierto que hubo un momento en el que se sostuvo la opinión de que la Responsabilidad Administrativa era una responsabilidad objetiva ⁽⁹⁶⁾, lo cierto es que semejante pretensión resultó pronto impugnada y definitivamente desechada, primero por la doctrina jurisprudencia que fueron estableciendo nuestros Tribunales de Justicia, y –sobre todo- por la consolidación del criterio de que los Principios que rigen el derecho Penal –incluido el de Culpabilidad- deben aplicarse, igualmente, en el Derecho administrativo sancionador ⁽⁹⁷⁾, lo que –una vez más, por cuanto hace a la culpabilidad- tiene expresa acogida legal, en el **art. 130, LRJAP.yPac.** ⁽⁹⁸⁾.

En principio, la separación de los administradores del concurso es una modalidad de **cese forzoso** que se encuentra estrechamente vinculada con circunstancias **relativas a la actividad** de dichos administradores ⁽⁹⁹⁾, como sería el caso, no solamente de la pérdida de la confianza depositada en ellos, por el Juez del Concurso ⁽¹⁰⁰⁾, sino –sobre todo, y muy principalmente- el **incumplimiento de sus funciones y tareas** ⁽¹⁰¹⁾. Pero esto es lo que sucede cuando se contempla la separación en virtud del **art. 37, LConc.**, precepto cuya incardinación sistemática resulta enormemente significativa: va precedido de los arts. 35 y 36, que tratan –respectivamente- del ejercicio de las funciones –del “cargo”- de la Administración Concursal, y de la Responsabilidad de esta última, y seguido –art. 38- del régimen de –sic- **“nuevo nombramiento”**.

Ahora bien; como ya he dicho reiteradamente, tengo la impresión de que la separación en virtud del **art. 37, LConc.**, **no coincide plenamente** con la separación en virtud del **art. 153**; supuesto que el legislador de 2003 quiso separar –de hecho, alejar- de la regla general del art. 37, y que demuestra –aún más claramente, si cabe- que

⁹⁶ - Vid ref. en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso ...”, cit., t. II, 8ª ed., p. 178.

⁹⁷ - GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso ...”, cit., t. II, 8ª ed., p. 178.

⁹⁸ - GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso ...”, cit., t. II, 8ª ed., p. 178.

⁹⁹ - TIRADO,I.: “Los Administradores Concursales”, cit., p. 523.

¹⁰⁰ - TIRADO,I.: “Los Administradores Concursales”, cit., p. 523.

¹⁰¹ - TIRADO,I.: “Los Administradores Concursales”, cit., p. 523. MACHADO PLAZAS,J.: “La Administración Concursal”, cit., p. 1042/74.

la separación en virtud del **art. 153**, nada tiene que ver con sanciones, ni con reproches jurídicos. En este sentido, si el art. 37 habla de “*causa justa*”, que en sentido objetivo incluiría la enfermedad de carácter físico o psíquico que dificulte o impida el normal desarrollo de las labores concursales ⁽¹⁰²⁾; circunstancias personales especiales [inestabilidad familiar, movilidad geográfica del cónyuge, etc.](¹⁰³); producción de daños a la Masa o a terceros, en el ejercicio de las funciones propias del cargo ⁽¹⁰⁴⁾; ineficiencia, pusilanimidad, desinterés o falta de juicio a la hora de adoptar decisiones discrecionales ⁽¹⁰⁵⁾, o –sobre todo- el **incumplimiento de los deberes propios de la Administración concursal y, por tanto, también de la Liquidación**, es obvio que para que los preceptos afectados –arts. 37 y 153, LConc.- no resulten reiterativos ni superfluos, habrá que entender que el art. 153 no contempla, propiamente, un incumplimiento reprochable de los deberes propios –en este caso- de la Fase de Liquidación, sino un puro hecho objetivo: la **prolongación**.

Ciertamente, hay quienes consideran que mi interpretación sería inadecuada, porque les repugna la idea de que en una Administración Concursal pluripersonal, pudieran ser separados o cesados por prolongación indebida de la liquidación, tanto los administradores negligentes, como –también- los diligentes ⁽¹⁰⁶⁾. Y no les faltaría razón... si el caso fuera el de la tentativa de justificar la separación sobre la base de “*justa causa*” o justos motivos. Pero esta es la regla del art. 37, **¡Y no la del art. 153!** ¡Por supuesto que no es fácil admitir la idea de que en una Administración Concursal pluripersonal, pudieran ser separados o cesados por incumplimiento de las obligaciones propias del cargo, vinculadas o relacionadas con la liquidación, tanto los administradores concursales que fueron negligentes, como –también- los que venían actuando con diligencia! **Pero es que, en mi opinión, el art. 153 no debe interpretarse en términos de asimilación absoluta al art. 37; no debe ser interpretado a la luz de los intereses de los Administradores Concuriales, sino a la luz del interés de los Justiciables, en un proceso sin dilaciones indebidas** ⁽¹⁰⁷⁾.

En cualquier caso, lo que resulta obvio es que existe una estrecha relación entre el cese –en forma de separación- de los administradores concursales, y la forma en que proceden al ejercicio de su cargo, que *puede* ser de desinterés, incuria o morosidad, con incumplimiento de las funciones que les incumben. Si tal es el caso, entonces existirá una “*justa causa*”, de las que contempla el art. 37. Por este motivo, hay quien señala que la medida prevista en el art. 153, LConc. no es sino una manifestación singular y concreta de la separación

¹⁰² - TIRADO,I.: “*Los Administradores Concuriales*”, cit., p. 533.

¹⁰³ - TIRADO,I.: “*Los Administradores Concuriales*”, cit., p. 533.

¹⁰⁴ - TIRADO,I.: “*Los Administradores Concuriales*”, cit., p. 533.

¹⁰⁵ - TIRADO,I.: “*Los Administradores Concuriales*”, cit., ps. 533 y s.

¹⁰⁶ - SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1363.

¹⁰⁷ - CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1071.

contemplada en el art. 37 ⁽¹⁰⁸⁾. Pero **si la prolongación es objetiva; si es pura y simple; si no muestra una relación directa con la conducta negligente o el abandono de los Administradores Concursales, entonces no habrá necesidad de recurrir al art. 37**. En tal caso, no haría falta indagar en las causas que motivaron la separación, porque cuando el **art. 153, nº 1, LConc.** dispone que “[t]ranscurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de [la Administración Concursal] y el nombramiento de [otra nueva]”, lo que se prevé es una medida –digamos- objetiva: el precepto no exige que la dilación excesiva se deba a una conducta negligente o a la dejadez de la Administración Concursal: por consiguiente, creo que hay que concluir que, para que se abran las posibilidades contempladas en el art. 153, **basta el hecho objetivo del transcurso de “un año desde la apertura de la fase de liquidación”**. A partir de ese momento “cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de [la Administración Concursal] y el nombramiento de [otra nueva]”.

Esta última previsión –se ha dicho ⁽¹⁰⁹⁾- es algo que atañe o afecta a la **legitimación de los interesados**. Cierto, pero quienes tal han afirmado, han ido más lejos, porque han llegado a sostener que esta previsión es algo que atañe a la legitimación de los interesados, de forma exclusiva; es decir: que atañe únicamente a ese aspecto y a ningún otro, como si de este modo se probase que, en el fondo, seguimos dentro de un modelo de separación por “*causa justa*” –culpabilística- y con consecuencias de de punición o sanción. En mi opinión, no es así. Más bien lo que refleja el precepto es que la posibilidad de instar esta separación, del art. 153, debe considerarse abierta a **cualquier interesado que lo esté en la conclusión pronta del Proceso, y –por consiguiente- en el desarrollo razonable de una función pública**, y ya sabemos –como bien hicieron notar ilustres jusadministrativistas italianos, como ZANOBINI, ALESSI o GIANNINI, cuyas opiniones encontraron eco en España [DÍAZ LEMA]- que las funciones públicas –a diferencia de los servicios públicos- se prestan “*uti universi*”, y no “*uti singuli*”, ya que funciones públicas son aquellas actividades desarrolladas por el Poder Público desde una posición de supremacía y destinadas a beneficiar a la colectividad en su conjunto (Se desarrollan o prestan “*uti universi*”), ejemplo de las cuales es, precisamente, el Sistema Judicial ⁽¹¹⁰⁾.

¹⁰⁸ .- BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420. ETXARANDIO HERRERA,E.J.: “Manual de Derecho Concursal (Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reforma de la Ley Concursal)”, edit. WOLTERS-KLUWER/“LA LEY”, 2ª ed., La Rozas (Madrid), 2009, p. 351.

¹⁰⁹ .- Que el transcurso del plazo fijado en el art. 153, nº 1, LConc. es algo que incide sobre la cuestión de la legitimación, lo pone de manifiesto SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1364, cuando se produce en los siguientes términos: “El hecho objetivo de que transcurra el plazo sin que la liquidación haya concluido, además de su papel como elemento de la conducta sancionable, tiene el de marcar el momento a partir del cual los legitimados pueden instar la actuación judicial para determinar la concurrencia del otro de los elementos que integran la conducta sancionada e imponer, en su caso, la separación, con el resto de consecuencias que señala la Ley”.

¹¹⁰ .- Voz Servicio Público, en <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/servicio-publico/servicio-publico.htm>>. Vid. también MONEREO PÉREZ,J.L y VIDA SORIA,J.: “La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos”, edit. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Madrid, 1991, p. 66, quienes señalan que “*interesa, a nuestro propósito, establecer la necesaria distinción entre funciones públicas y servicios públicos de prestaciones pertenecientes*

A partir de este punto, la cuestión fundamental es si –verdaderamente- el Juez del Concurso deberá cesar –o declarar cesada- a la Administración concursal, o si su separación es una medida discrecional. Pues bien: parece que no es así; que no existe tal discrecionalidad, sino que –más bien- se trata de una potestad básicamente reglada. Así se deduciría de lo dispuesto en el **art. 153, nº 2, LConc**:

“... 2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”.

Por consiguiente, el Juez no acuerda o deniega la separación ateniéndose a su libre arbitrio, sino que –previa audiencia a la Administración Concursal- ha de considerar un factor objetivo: **si existe, o si no existe, causa que justifique la dilación**. Quisiera insistir en el término *“justifique”*, siendo así que –de conformidad con el Diccionario de María Moliner- la voz **justificar** (del lat. “iustificare”) tiene como primera de sus varias acepciones, la siguiente: **1 tr.** Ser una cosa la causa, motivo o explicación que hace que otra no sea o parezca extraña, inadecuada, inoportuna, censurable o culpable. Asimismo, prnl. Encontrar alguien en cierta cosa razón o motivo para una acción propia que de otro modo se tendría por ilícita o inconveniente. Por consiguiente, la decisión del Juez del Concurso, en torno a la pretensión de separación de la Administración Concursal, debe estar basada en la consideración –en la indagación y la valoración- de la concurrencia o inexistencia de una causa, motivo o explicación que hace que no sea o parezca extraña, inadecuada, inoportuna, censurable o culpable, la dilación en la conclusión de la liquidación concursal. Si esa causa no existe, entonces “[e]l juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación ... y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”. Por el contrario, si existe esa causa, entonces el Juez no acordará –no podrá acordar- la separación y sustitución de la Administración Concursal.

II.4.- Forma de la separación de los Administradores concursales, por dilación indebida en la liquidación: el procedimiento y la forma de su resolución

al campo económico y social. Las funciones... ‘se desarrollan sobre todo en el campo de la actividad jurídica a través de prestaciones uti universi o uti singuli, según los casos’”, y vuelven a citar la Justicia, como ejemplo, añadiendo que todas ellas comportan inexorablemente el ejercicio de “imperium”. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a.J.: “Políticas y estrategias urbanas: la distribución del espacio privado y público en la Ciudad”, edit. FUNDAMENTOS, MADRID, 2000, p. 291, respecto del Urbanismo, al que califica como función pública.

Con anterioridad, se hizo referencia a la posibilidad de cese de los Administradores concursales, no solamente sobre la base del art. 153, sino también sobre la base del art. 37, LConc; supuestos –ambos- en los que **la decisión le corresponde al Juez del Concurso**; una decisión que –en ambos casos- puede ser rogada –en el caso del art. 153, al parecer, lo será necesariamente-, lo que nos sitúa ante una nueva modalidad de **tutela judicial declarativa-constitutiva** ⁽¹¹¹⁾, que tiene por objeto y contenido impetrar del órgano judicial la modificación –por cese- de la Administración Concursal, y su sustitución por nuevos administradores.

Esta pretensión se satisface por medio del correspondiente **procedimiento judicial**, que culmina por virtud de una resolución que el Juez ha de emitir, y que –el parecer- adoptaría la forma de **“auto”** ⁽¹¹²⁾, del cual se dice que tendría que venir suficientemente **motivado** ⁽¹¹³⁾, probablemente porque nos movemos en el ámbito de una relación de subordinación/supremacía –más o menos- especial, donde el recurso a conceptos jurídicos indeterminados resulta lícito –si se compara, p.e., con el derecho Penal o con el Derecho Administrativo Sancionador *“ordinario”* o *“general”*-, pero siempre con el contrapeso o la contrapartida de una **motivación necesariamente más minuciosa y profunda** ⁽¹¹⁴⁾.

Ahora bien; una vez más considero que es preciso **evitar la tentación de una absoluta asimilación entre el régimen del art. 37 y el régimen del art. 153**, pues -como ya he indicado- creo que la relación entre el art. 37 y el art. 153, LConc. no es de identidad; ni siquiera de género a especie; de supuesto general, a caso particular; creo que es –simplemente- una relación de **analogía funcional relativa**: hay una cierta –importante o profunda- comunidad de efectos o consecuencias jurídicas, pero **diversidad en cuanto a los supuestos de hecho**, dada la objetividad de la medida contemplada en el art. 153, frente a la necesidad de alegar *“justa causa”*, que caracteriza al régimen del art. 37. Por eso, tengo serias dudas –cuando menos, en principio- de que la aplicación del art. 153 exija de una **motivación** especialmente **minuciosa y profunda**. Y es que aquí hay, relativamente, poco que exija ser motivado o justificado: el plazo ha transcurrido, y los justiciables esperan solución... y no la obtienen. Con eso basta.

También se hizo referencia al papel de los **procedimientos incidentales**, en el ámbito del Concurso, y

¹¹¹ .- Por cuanto se trata de impetrar del órgano judicial la modificación o extinción de un determinado estado o situación jurídica [FAIRÉN GUILLÉN,V.: *“Teoría General del Derecho Procesal”*, cit., p. 91. VIDAL FERNÁNDEZ,B.: “Tema 15. Objeto del Proceso. La Pretensión”, p. 13 (de 22), en *“Introducción al Derecho Procesal”*, Curso 2011-2012, Mayo 2012, en <https://www5.uva.es/guia_docente/uploads/2011/436/41450/2/Documento28.pdf>].

¹¹² .- TIRADO,I.: *“Los Administradores Concursales”*, cit., p. 527. CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., p. 1073.

¹¹³ .- TIRADO,I.: *“Los Administradores Concursales”*, cit., p. 527.

¹¹⁴ .- VALENCIA MARTÍN,G.: “El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito Administrativo”, en Comentario al Artículo 25, en VV.AA.: *“Comentarios a la Constitución Española. XXXº Aniversario”*, dir. Por M^a.E.Casas Bahamonde y M.Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, coord. Por M.Pérez Manzano e I:Borrajo Inieta, edit. FUNDACIÓN WOLTERS-KLUWER, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 751.

es que si en todo proceso hay que distinguir el asunto principal, integrado fundamentalmente por las pretensiones y resistencias o contra-pretensiones hechas valer por las partes, que se resuelve en la sentencia definitiva, y las cuestiones accesorias, que no constituyen la cosa principal pero que se vinculan a ella y deben resolverse antes de pronunciarse sobre el asunto controvertido, es evidente que del Procedimiento del Concurso cabe hacer consideraciones similares, de forma que también en el Procedimiento Concursal es preciso hay distinguir el asunto principal –que es una ejecución universal colectiva-, integrado fundamentalmente por las pretensiones –declarativas y ejecutivas- de los acreedores concurrentes, y las resistencias o contra-pretensiones hechas valer, tanto por el Deudor Común, como por las restantes partes concurrentes, y las cuestiones accesorias, que no constituyen la cosa principal pero que se vinculan a ella y deben resolverse antes de pronunciarse sobre el asunto controvertido. Pues bien; en este caso, el instrumento institucional propio, en el plano jurídico-procesal, es el llamado **Procedimiento Incidental, Procedimiento de Incidentes o Trámite de los Incidentes**, que viene regulado en los **arts. 191 a 196, LConc.**

Los elementos que deben concurrir para estar en presencia de un incidente son los siguientes:

Existencia de un Procedimiento: El juicio existe a partir de la notificación válida de la demanda. Se entiende que se promueve un incidente en juicio desde que está trabada la relación jurídico - procesal; no antes ni después, a menos que haya norma especial que permita promover incidente aún existiendo sentencia ejecutoriada, como por ejemplo la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento. Entonces, a contrario sensu, no procede pedir abandono del procedimiento en una medida prejudicial probatoria, respecto de lo cual nuestra jurisprudencia ha sido categórica.

Accesoriedad: Esto significa que la cuestión promovida tenga el carácter de accesoria respecto de la cuestión principal. Accesorio es lo que depende de lo principal o se le une por accidente. Lo principal lo constituyen las pretensiones y las excepciones. Todo lo demás que se promueva durante el juicio, en la medida en que esté vinculado a él, será un incidente.

Relación directa entre el incidente y la **cuestión principal**.

Pronunciamiento del tribunal: Es necesario dictar resolución fallando la cuestión accesoria, resolución que tendrá el carácter de sentencia interlocutoria de primera clase (establece derechos permanentes para las partes) o auto (no establece derechos permanentes para las partes). El tribunal debe dictar una resolución pronunciándose sobre la cuestión promovida, sea acogiéndola o rechazándola.

Pues bien; pareciera que si hay una cuestión que, suscitada en el contexto de un procedimiento concursal, debiera resolverse por el trámite de los incidentes, esa bien podría ser la **separación de los administradores concursales, por prolongación indebida de la liquidación**. Es más, si una vía típica para la resolución y conclusión de los incidentes es la del **“Auto”**, entonces no podemos por menos de advertir que el **art. 153, nº , LConc.** alude expresa y específicamente al **“auto”**, como tipo de resolución judicial, por cuya virtud se resuelve la eventual separación de los Administradores Concuriales, lo mismo que sucede cuando se trata de la separación en virtud del art. 37.

En efecto; ya se ha podido comprobar cómo el art. 37, nº 3, LConc. decía que “[l]a resolución judicial de cese revestirá forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión”, lo

cual se ve corroborado, confirmado o reforzado por la que, acto seguido, dispone su nº 4: que “[d]el contenido del auto a que se refiere el apartado anterior el Secretario judicial dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198”. Pues bien; resulta que el **art. 153, nº 4** contiene una **regla muy parecida a la del art. 37, nº 4**: prevé que “[d]el contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198”.

Por consiguiente, ambos preceptos; es decir: tanto el art. 37 como el art. 153, LConc. coinciden en cuanto al tipo de resolución judicial por el que se resuelve la petición de separación de los Administradores Concursales. Mas, **¿significa esto que se sigue un mismo cauce procedimental, en uno y otro caso?** Y, en definitiva, **¿cuál es ese cauce?**

Hay quien cree que sí; hay quien cree que ambos preceptos; es decir: tanto el art. 37 como el art. 153, LConc. coinciden, por lo que hace a sus aspectos procesales o adjetivos, ya que –al parecer- ambos tratarían de **eludir** el cauce del **Procedimiento Incidental** ⁽¹¹⁵⁾, ya que uno y otro precepto contienen referencias procesales – referencias “*procedimentales*”- que no sugieren que se recurra al Incidente procesal. Y si bien, conforme previene el art. 192, nº 1, LConc., “[t]odas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”, desde el punto y hora en que la Ley parece prever una tramitación propia, específica, para la separación de administradores conforme a los arts. 37 y 153, entonces –por los propios términos del art. 192, nº 1- ya no habrá que proceder a través del Trámite incidental, sino por el cauce de **este otro procedimiento especialmente previsto**. Ahora bien; como quiera que la previsión del art. 153, en el plano estrictamente procesal, acaso resulte excesivamente escueta, parece –también- que habrá que recurrir a aplicar reglas y criterios que se ajusten al espíritu de sencillez y simplicidad que inspira el procedimiento aludido ⁽¹¹⁶⁾.

Sin embargo; una vez más me asalta la duda pues, si el argumento en que se sustenta esa supuesta elusión del Procedimiento Incidental es el tipo de resolución conclusiva que se requiere: el auto, en los arts. 37 y 153, frente a la Sentencia, que exige el art. 196, LConc., no puedo por menos de recordar que en el régimen general de los Incidentes, tal como se recoge en la LECiv./2000, el **art. 206, nº 1, 2ª, párr. 2º, LECiv.** revela que

¹¹⁵ .- SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, ps. 1364 y s. TIRADO,I.: “Los Administradores Concursales”, cit., p. 539, respecto del cese o separación conforme al art. 37, LConc., quien señala que “los titulares de un cargo tienen el derecho de no verse removidos del cargo sin justa causa; dada la inexistencia de un procedimiento incidental en que pueden hacer valer su derecho, la audiencia constituye en requisito mínimo para poder afirmar que no ha habido indefensión, algo que podría apreciarse teniendo en cuenta que, contra la decisión judicial no cabe recurso alguno (art. 39)”. Implícitamente, PALOMAR OLMEDA,A.: “Artículo 37. Separación”, cit., ps. 471 y ss. También de forma implícita, CASERO LINARES,L.: “Artículo 153. Separación de los Administradores concursales por prolongación ...”, cit., ps. 1072 y s.

¹¹⁶ .- SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1365.

“[t]ambién revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre ... cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto”. Por consiguiente, el Auto es la forma de resolución judicial que típicamente pone fin a los procesos incidentales.

Si el art. 196, LConc. habla de concluir el Incidente Concursal por medio de Sentencia, y no por medio de Auto, cuando el art. 206, LECiv. prevé esta última forma, ¿puede la susodicha especialidad determinar la naturaleza – y la diversidad- del Procedimiento de separación de administradores concursales, respecto del Procedimiento Incidenta? ¿Es razón y fundamento bastante para concluir que no estamos ante un Procedimiento Incidenta? Puedo estar equivocado, y muy probablemente lo esté, pero a mi me parece que **no**; que –por sí sólo- el hecho de que los procedimientos de separación de administradores concursales hayan de concluir por medio de Auto, y no por medio de Sentencia, **no basta para negar que estemos ante un Procedimiento incidental**, ya que el **art. 388, LECiv./2000** dispone que “[l]as cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, se ventilarán en la forma establecida en este capítulo”, lo que me hace pensar que la forma de conclusión –por Auto o por Sentencia- resulta, en definitiva, irrelevante.

Mayor trascendencia tendrían otras circunstancias o factores; básicamente: que la Norma concursal previese **trámites muy diversos** de los del Procedimiento Incidenta. No olvidemos que el **art. 194, LConc.** exige que se inicie el Incidente por medio de **“demanda”**, previéndose que dicha Demanda se presentará en la forma prevista en el art. 399, LECiv. Presentada esta deanda, pueden suceder dos cosas: o bien que el Juez estime que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, en cuyo caso resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda [Contra este auto cabrá recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197], o bien estima su pertinencia y relevancia como idóneas para justificar la tramitación por la vía incidental, en cuyo caso *“dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y acordando se emplace a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

La Demanda supone una apertura a la posible oposición de una Contra-parte procesal, pues bien, cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad, el Juez citará a las Partes para Vista, cuya vista se desarrollará en la forma prevista en el art. 443, LECiv., para los procesos verbales. En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe. Además, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado del mismo, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la

de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días. Y, así, el **art. 196, LConc.** concluye disponiendo que, “[t]erminado el juicio, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente”.

Pues bien; esta cierta –relativa- complejidad contrasta con la extremada simplicidad y esquematicidad de lo previsto en el **art. 153, LConc.**, el cual –como ya se vió- dispone que “cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos”. **No se habla**, en ningún momento, **de la presentación de una “demanda” formal**. Acto seguido, el art. 153, nº 2, dispone que “[e]l juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”. Si antes no se aludía a una “demanda”, **ahora tampoco se habla de una “contestación”**, a una Demanda que no existe. Tampoco se habla de una “Vista”: simplemente se menciona un **tramite de “previa audiencia de los administradores concursales”**.

No entraré, aquí, a analizar si sucede lo mismo en el art. 37, aunque he de reconocer que su nº 1, que dice – simplemente- que “[c]uando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados”, tampoco parece contemplar la necesidad de una “demanda” ni la posibilidad –como lógica contrapartida- de una “contestación”.

En cualquier caso, la separación, conforme al art. 153, al igual que sucede con la separación conforme al art. 37, viene confiada al Juez del Concurso, lo cual representa –habida cuenta de que se trata del mismo órgano que nombro al Administrador removido⁽¹¹⁷⁾- un claro reflejo de lo que se ha descrito como “**la posición interorgánica del Juez del Concurso: situado por encima no sólo de las partes, sino de los restantes órganos**”⁽¹¹⁸⁾, de modo que el Juez se constituye en “**responsable último del desarrollo del concurso [y] garante del correcto funcionamiento de los instrumentos legales para la defensa del interés del Concurso**”⁽¹¹⁹⁾.

El art. 153 reconoce la posibilidad de instar judicialmente la separación de la Administración Concursal y el nombramiento de otra nueva a ... “cualquier interesado”. No se dice que tenga que tratarse de “acreedores”; de los acreedores concursales o los acreedores del Concursado; ni de los ordinarios, ni de los privilegiados, ni de los subordinados, etc: habla simplemente de cualquier interesado.

Pues bien; si hemos de creer lo que se dice en el “**Diccionario Jurídico Espasa**”, “**interesado**” es “**la persona física o jurídica que con capacidad de obrar promueve un procedimiento administrativo, por ser titular**

¹¹⁷ .- TIRADO,I.: “Los Administradores Concurales”, cit., p. 527.

¹¹⁸ .- TIRADO,I.: “Los Administradores Concurales”, cit., p. 527.

¹¹⁹ .- TIRADO,I.: “Los Administradores Concurales”, cit., p. 527.

de derechos o intereses legítimos; o que, sin haberlo promovido, ostente derechos que puedan verse afectados por la resolución que se adopte en el procedimiento, o sean titulares de intereses legítimos, personales y directos, que igualmente puedan verse afectados por dicha resolución y comarezcan en el expediente” (120).

De acuerdo con el art 153, nº 4, se establece que “[d]el contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198”, lo cual refleja –en primerísimo lugar- el carácter eminentemente procesal de la medida, ya que la misma la acuerda un órgano judicial puro –el Juez del Concurso-, expresando su voluntad en forma de “**auto**”; es decir: a través de una resolución de índole claramente procesal.

Ahora bien; un auto es una resolución judicial y, por consiguiente, solamente es concebible en el seno de un procedimiento; de un proceso, y si hay algo que caracteriza al Proceso es que consiste en una sucesión orgánica de actos interrelacionados, a los que dota de sentido unitario un comunidad de fin. Así las cosas; no puede sorprender en modo alguno que uno de los aspectos más importantes de la dogmática jus-procesal consista, precisamente, en **identificar los actos/trámites** que integran el procedimiento de que se trate; actos o trámites, que la Ley reguladora del Procedimiento se encarga de establecer y ordenar. Pues bien; a la vista de los términos del art. 153, LConc., da la impresión de que el procedimiento de separación resulta extraordinariamente simple: si el art. 153, nº 1 dispone que “*cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos*” –Lo cual atañe al objeto del proceso; es decir a uno de los elementos estructurales o estáticos del mismo-, sucesivamente, el art. 153, nº 2 previene que “[e]l juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos”. Es decir: que el objeto del Procedimiento queda debidamente satisfecho, a través de una actividad declarativa, que se sustancia o a la que se llega, a través de un número extraordinariamente reducido de actos:

1. Solicitud
2. Tramitación: Audiencia a los Administradores Concuriales
3. Resolución [Auto], acordando, o no, la separación.

Por lo que hace a la primera de estas actuaciones o fases, da la impresión de que, a diferencia de cuanto sucede en el art. 37 (121), aquí **sólo cabe la actuación “rogada”; no “de oficio”**

¹²⁰ .- F[ernando] D[íez] M[oreno]: Voz Interesado, en VV.AA.: “Diccionario Jurídico Espasa”, edit. ESPASA-CALPE/FUNDACIÓN “TOMÁS MORO”, Madrid, 1991, p. 530

¹²¹ .- TIRADO, I.: “Los Administradores Concuriales”, cit., p. 536, quien señala –respecto del art. 37- que “que el Juez tenga la facultad de separar ‘de oficio’ es congruente con la relación existente entre ambos órganos, pues el órgano jurisdiccional nombra a los administradores y ostenta facultades de control sobre ellos”.

II.5.- Consecuencias institucionales

La consecuencia institucional más evidente de la separación contemplada en el art. 153, LConc. es que la Administración Concursal queda separada del Concurso (¹²²); es decir: queda separada del procedimiento y del cargo; es decir: queda **separada del procedimiento, en la medida en que queda separada del cargo... y –por tanto- de las funciones que el cargo conlleva**; funciones que –como dije- son, en la Fase de Liquidación, funciones propias de una **tutela judicial ejecutiva**. Esta y no otra es la trascendencia institucional de la medida prevista en el art. 153, LConc., que –en este punto- coincide con la que contempla el art. 37 de la misma.

En este sentido, ya al comienzo de esta reflexión tuve ocasión de señalar que, en el mundo de las instituciones jurídicas, el término “*separación*” se emplea para designar institutos y regímenes diversos: existe la separación matrimonial, que afecta a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges; existe la separación como forma de disolución –resolución- parcial del vínculo societario, que da lugar a la salida o baja de un socio, con liquidación de su parte social, aunque subsistente la sociedad en la que causa baja. Existe la separación de administradores sociales, que –como ya se indicó- presenta unas claras concomitancias con la de los administradores concursales, pues se les excluye de sus cargos, cesando sus obligaciones y deberes y quedando desprovistos de las funciones y facultades que el ejercicio de dicho cargo conlleva.

Pero, además, la figura de la “*separación*” existe en **Derecho Público**; más concretamente, existe en **Derecho Administrativo sancionador y disciplinario**, y este hecho plantea una interesante cuestión, ya que –por una parte; lo acabo de señalar- la separación de administradores concursales, que presenta unas evidentes y acusadas concomitancias con la de los administradores sociales, pues se les excluye de sus cargos, cesando sus obligaciones y deberes y quedando desprovistos de las funciones y facultades que el ejercicio de dicho cargo conlleva. Pero, a la vez, no hay que olvidar que la relación de los Administradores Concursales es una **relación orgánica-funcional... con el Proceso**, ya que en el marco de la estructura personal del Concurso, **ejercen funciones públicas pertinentes al ámbito procesal**, y existe un **régimen disciplinario de quienes ejercer funciones procesales**. En este sentido, no puedo por menos de hacer referencia a muchas disposiciones de nuestro Derecho Procesal; mejor dicho de nuestro **Derecho Órgánico Judicial**, que hablan de la figura de la “*separación*”, como es el caso del **art. 379, nº 1, LOPJ**:

“La condición de Jueces o Magistrados se perderá por las siguientes causas:

a) Por renuncia a la Carrera Judicial. Se entenderán incursos en este supuesto los previstos en los artículos 322 y 357-3.

b) Por pérdida de la nacionalidad española.

¹²² - SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1363.

c) En virtud de sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial.

d) Por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. En los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción prevista en el artículo 420.1,d).

e) Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.

f) Por jubilación...”

Y su nº 2 añade, acto seguido, que “[l]a separación en los casos previstos en las letras b), c), d) y e) del apartado anterior se acordará previo expediente, con intervención del Ministerio Fiscal”. De las palabras de este precepto, así como de su interpretación sistemática, cabe extraer varias conclusiones: en primer lugar, que la “separación” de la que habla el art. 379, LOPJ. es una separación **de la carrera judicial**; es una separación que consiste en –o que da lugar a- la **pérdida de la “condición de Jueces o Magistrados”**. No es, sólo, que se aparte al afectado de una determinada causa o procedimiento, de los que hubiere estado conociendo, sino que –directamente- se le excluye de la carrera judicial. Que esto es así, lo demuestran, no sólo las palabras del citado precepto, sino –además- el hecho de su incardinación sistemática, dentro del conjunto del articulado de la LOPJ: el precepto se encuentra dentro del **Cap. Iº, Tít. II, Lib. VIº, LOPJ.**, que tratan –respectivamente, y así lo demuestran sus respectivas denominaciones, títulos o rúbricas- de la **independencia judicial** y de la **inamovilidad de los jueces y magistrados**, de forma que la citada inamovilidad es la primera de las garantías institucionales que tutelan la independencia de los jueces y magistrados; una inamovilidad que se establece y reconoce con carácter de verdadero principio general –art. 378, nº 1, LOPJ: “Gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales”-, pero que se ve explícita y directamente excepcionada, cuando procede esa “separación”.

Por otra parte, nuevamente se vuelve a hablar de la “separación” en el **art. 420, nº 1, apdo. e), LOPJ./1985**; un precepto que se encuentra situado en el marco de la regulación de la llamada **“responsabilidad disciplinaria” de los miembros de la Carrera Judicial**; es decir de los Jueces y Magistrados [**Cap. IIIº, Tít. IIIº, LOPJ.**].

Mas **nada de ésto puede suceder en el caso de los Administradores Concursales**, por la sencilla razón de que ellos no forman parte de la Carrera Judicial; porque no son jueces ni magistrados; por lo menos, no lo son institucional o estatutariamente.

Ahora bien; sucede que la LOPJ. también contempla la “separación”, como medida referida a otros sujetos que **tampoco son “jueces” ni “magistrados”**. Así lo reflejan los **arts. 538 y 539, LOPJ.**, que se hallan situados en el **Lib. VIº, LOPJ.**, referido a los **“cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de**

Justicia y... otro personal". En este sentido, el primero de los dos preceptos mencionados establece que a los referidos funcionarios por las faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, se les pueden imponer diversas sanciones, entre las cuales, el art. 538, d) incluye la "separación del servicio", que solamente podría imponerse por faltas muy graves, debiendo –dice el art. 539, párr. 2º- ser acordada, en todo caso, por el Ministro de Justicia.

Mas, nuevamente, esto no puede suceder en el caso de los Administradores concursales, por la sencilla razón de que ellos tampoco forman parte de esos cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; porque no son, en modo alguno, funcionarios de carrera; por lo menos, no lo son institucional o estatutariamente, y su relación con la Administración de Justicia es de otra índole. Por este motivo, lo que se produce –la consecuencia, digo institucional- es un fenómeno **procesal-orgánico, pero no estatutario**; una consecuencia que se mueve en el plano de los **órganos del Proceso**, y no de los órganos de la Justicia; una consecuencia que afecta **al órgano; al cargo** ⁽¹²³⁾, **y no al "empleo"**, pues –propriadamente- no existe ninguna relación estatutaria de empleo.

Así se aprecia leyendo lo que disponen, no solamente nuestro art. 153, sino también el, tantas veces citado –aunque fuese con propósito dialéctico-, **art. 37, LConc.**, precepto que, en este punto, merece la pena que sea tenido en cuenta y valorado como un referente para la interpretación del art. 153. Pues bien; lo que resulta relevante y significativo del art. 37 es su incardinación sistemática; una incardinación enormemente significativa: el art. 37 va precedido de los **arts. 35 y 36**, que tratan –respectivamente- del **ejercicio de las funciones –del "cargo"– de la Administración Concursal**, y de la Responsabilidad de esta última, y seguido –art. 38- del régimen de –sic- **"nuevo nombramiento"**, título que me parece engañoso porque podría sugerir que se vuelve a nombrar, por segunda o ulterior vez, al mismo Administrador cesado/separado, cuando –en realidad- de lo que se trata es de nombrar a un **"nuevo administrador"**:

"1. En todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento.

2. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo.

3. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido.

¹²³ .- SACRISTÁN REPRESA,M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1363. MORALES IMBERNÓN,N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1642.

4. En caso de cese del administrador concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso”

Por consiguiente, lo que resulta obvio es que existe una estrecha relación entre el cese –en forma de separación- de los administradores concursales, y la forma en que proceden al ejercicio de su cargo, que puede ser de desinterés, incuria o morosidad, con incumplimiento de las funciones que les incumben.

Por este motivo, hay quien señala que la medida prevista en el art. 153, LConc. no es sino una manifestación singular y concreta de la separación contemplada en el art. 37 ⁽¹²⁴⁾. Ya he expuesto, reiteradamente, cuál es mi opinión al respecto, pero lo que interesa señalar es que el efecto común; el efecto coincidente en el art. 37 y en el art. 153 es la **“separación”** de la Administración Concursal; una separación que –en cierto sentido- podría describirse gráficamente como el **distanciarse la Administración Concursal, en sentido subjetivo, de la Administración Concursal, en sentido objetivo-funcional**; es decir: como el distanciarse las personas que ocuparon el cargo... de éste, y de las funciones que el mismo conlleva. Así, la separación del cargo supone que si ese cargo comporta deberes, obligaciones y poderes, facultades o potestades... todos ellos vienen a menos, respecto del Administrador separado.

Ahora bien; antes de plantearse qué consecuencias jurídicas concretas tiene la separación, convendría establecer **a partir de qué momento** produce sus efectos; concretamente, convendría establecer **si posee, o no posee, eficacia retroactiva**; si la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación produce efectos **“ex tunc”**, o solamente posee una eficacia **“ex nunc”**. Pues bien; a este respecto, debo confesar que –en una primera aproximación- se podría creer que **el art. 153 posee eficacia retroactiva**, por cuanto su nº 3 previene que “[l]os administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación”, ergo si los administradores separados de su cargo deben reintegrar a la Masa Activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido **“desde la apertura de la fase de liquidación”**, que parece ser un momento anterior a la declaración de su cese como administradores, entonces es que la separación produce efectos **“ex tunc”**, y no **“ex nunc”**.

¹²⁴ - BELTRÁN SÁNCHEZ,E.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO, t. II, 1ª ed., Madrid, p. 2420. ETXARANDIO HERRERA,E.J.: *“Manual de Derecho Concursal (Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reforma de la Ley Concursal)”*, edit. WOLTERS-KLUWER/“LA LEY”, 2ª ed., La Rozas (Madrid), 2009, p. 351.

Sin embargo, debo advertir que **no comparto esa –hipotética- interpretación del art. 153**; no creo que, propiamente, la separación de los administradores concursales, en él prevista, tenga efectos “*ex tunc*”. Más bien creo que hay que **distinguir** entre los **efectos institucionales, orgánicos o funcionales**, por un lado, y –por otro- los **efectos económicos**, y que aun cuando parezca que la separación de los administradores tiene efectos económicos retroactivos, cuando nos centramos en sus efectos institucionales, realmente los tiene “*ex nunc*”; no pareciendo que los deba tener “*ex tunc*”, pues el precepto no lo establece, como tampoco lo hace el art. 37, LConc.

Por consiguiente, la separación de los administradores produce sus efectos sólo a partir del momento en que el Juez la acuerda, y como los efectos institucionales, funcionales u orgánicos no se retrotraen en el tiempo, entonces parece que todo lo relativo al funcionamiento de la Administración Concursal, que haya tenido lugar antes de la resolución –auto- declarativa de la separación, **subsistirá jurídicamente**, a pesar de que haya sido realizado por unos administradores concursales que han sido separados de su cargo. Pero, en cambio, **a partir del momento de dictarse el Auto declarativo de la Separación, el cese de los administradores producirá ciertas consecuencias sensibles**. Así, p.e., si el **art. 145, nº 3, LConc.** previene que “[s]i el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal”, entonces lógicamente, los Administradores concursales cesados dejarán de ocupar el lugar de los administradores o liquidadores sociales, a la espera de que se nombre otra Administración concursal.

En cambio, si es la propia Administración Concursal la que puede solicitar la apertura de la fase de liquidación, en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, según previene el **art. 142, nº 3, LConc.**, empero la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación **no supone la revocación, ni la anulación de la resolución judicial de apertura de dicha Fase**: la Fase de Liquidación, como fase procesal iniciada y pendiente, incluso aunque indebidamente prolongada, no se cierra, ni por “*indebidamente prolongada*”, ni por la separación de los mismos administradores concursales que la solicitaron del Juez. ¡Cuanto menos, si la apertura de la Fase de Liquidación tuvo lugar en cualquiera de los demás supuestos previstos en el art. 142 o en el art. 143, LConc! Por esta razón, la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación **no altera la regla del art. 147, LConc.**, de que, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Tít. IIIº, LConc., en cuanto no se opongan a las específicas del Cap. IIº, Tít. Vº, LConc.

Asimismo –y como consecuencia lógica de lo anterior- si una consecuencia importantísima de la apertura de la Fase de Liquidación es que el Concursado queda suspendido del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Tít. IIIº, LConc., conforme dispone su **art. 145, nº 1**, la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación **no supone la revocación, ni la anulación de la resolución judicial de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial**, de modo que el Concursado que se vio suspendido de esas facultades, no las recupera incluso aunque la Liquidación se hubiera prolongado “*indebidamente*”, ni tampoco por consecuencia de la separación de los mismos administradores concursales

que debieron llevarla a cabo y **que asumieron el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial**, de las que quedó suspendido el Concurtido.

Tampoco parece que la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación **afecte a la validez y eficacia del Plan de Liquidación**; no parece, al menos de forma directa e inmediata, que ese *“plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”*, que el **art. 148, LConc.** obliga a la Administración Concursal a **presentar al Juez**; bien sea en el Informe al que se refiere el art. 75 o en un escrito específico, que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, quede sin valor jurídico, anulado, resuelto o rescindido, por el cese de los Administradores concursales, cuando menos si se produce en las circunstancias del art. 153, LConc. **Téngase en cuenta**, además, que el Plan de Liquidación **parece estar dotado de unas especiales garantías**, en la medida en que *“[d]urante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación”*, y –además de éso- *“se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación”*. Pero, sobre todo, lo que hay que tener en cuenta es que el Plan de Liquidación se halla sometido a un **control judicial de naturaleza aprobatoria**, pues el propio **art. 148, nº 2, LConc.** prevé que, transcurrido el plazo de puesta de manifiesto, al objeto de que el Deudor y los acreedores concursales puedan formular observaciones, etc., el Juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá –mediante auto– aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias, pudiendo interponerse contra dicho auto, recurso de apelación.

Por consiguiente, a la vista de todo lo anterior; de los sucesivos controles, tanto por las Partes del Proceso concursal, como por el propio órgano supremo: el Juez del Concurso, a los que se halla sometido el Plan de Liquidación elaborado por una Administración Concursal que, eventualmente, podría resultar cesada por prolongación indebida de las operaciones liquidadoras, parece poco sensato llevar a cabo una *“desolación”* o *“asolación”* del resultado de todo ese proceso [es decir: del Plan de Liquidación aprobado, con o sin modificaciones, y que –además- en caso de que su supusiera la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, exigiría previamente a su aprobación, que se diese cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64, LConc.]; de todos esos esfuerzos –además- colectivos, no ya sólo obra de los administradores, sino de todas las partes e incluso del Juez, como si de una *“Carthago concursal”* asediada y, al fin, destruida por las legiones romanas.

Cierto que si, eventualmente, sucediera tal cosa; **si sucediera que**, por consecuencia de la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación, **se viese afectada la validez y eficacia del Plan de Liquidación, anulándose, revocándose o extinguiéndose éste**, el **art. 149, LConc.** **proporcionaría toda una panoplia de reglas supletorias**, a las cuales deberían –y, por tanto, podrían- ajustarse

las operaciones de liquidación. **Sin embargo**, quiero insistir en que el art. 153, LConc. no prevé –tampoco lo hace el art. 37- la extinción o privación de validez o eficacia del Plan de Liquidación, por mucho que los administradores concursales que lo hubieren presentado resultasen separados de la Administración Concursal, por prolongación indebida de las operaciones de liquidación.

Pero, ¿**“quid iuris”** respecto de la emisión de informes periódicos y de las propias operaciones de liquidación? ¿Cómo afecta a una y a las otras, la separación de los administradores concursales? Nuevamente, hay que insistir en que la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación no produce efectos retroactivos; cuando menos, no los produce, en el plano orgánico-funcional. Esto significa, que hay que distinguir un **“antes”** y un **“después”** de la separación o cese; un antes y un después de la destitución de los administradores. En este sentido, si cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación –dice el art. 152-, la Administración Concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que detallará y cuantificará los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos, parece lógico pensar que una consecuencia de la separación será la **cesación** de ese deber... o, mejor dicho, la sustitución por un **informe final o de rendición de cuentas, como la que previene el art. 152, nº 2, párr. 2º**: También incluirá una completa rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en esta ley. Esto no afecta a la obligación que pesaba sobre los cesados... antes de su cese: hasta entonces, estuvieron obligados a presentar al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, y –como estaban obligados- debieron presentar los informes, tal y como previene la Ley. **Luego, ya no**; mejor dicho: luego; después de su cese, el contenido de sus obligaciones periódicas se ve sustituido por una obligación final, única, y que se ha de cumplir **“uno actu”**: me refiero a la presentación del Informe final y la rendición de cuentas.

En cuanto a la actividad propiamente liquidadora, es evidente que los poderes de disposición patrimonial, sobre los elementos integrantes de la Masa Activa, pasaron, del Concursado, a la Administración Concursal, y le llegaron a ésta, no ya como poderes o facultades, sino –más bien- con el carácter de **función**: la función de **liquidar la Masa Activa**, de acuerdo con el Plan de Liquidación. Claro que esa función, cuando se analiza en sentido dinámico, se ve que se halla integrada por una sucesión de actos –fundamentalmente, jurídicos- de **realización de los activos, mediante negocios onerosos de compraventa**, que –por regla general y preferente- consistan en la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, sin excluir las enajenaciones singulares o particulares, cuando no se puedan llevar a cabo las unitarias y **“en globo”**. Tales enajenaciones, además, lo mismo pueden tener lugar mediante **subasta**, que **por venta directa**, pero –en cualquier caso- se trata de actos jurídicos realizados **con terceros**; los potenciales adquirentes. Pues bien; nuevamente hay que distinguir un **“antes”** y un **“después”** de la separación o cese; un antes y un después de la destitución de los administradores. En este sentido, **los negocios jurídicos de realización-enajenación celebrados por los administradores concursales, con terceros, antes de su destitución, no se ven afectados por la separación de aquéllos**. Hasta ese momento, los administradores se hallaban plenamente legitimados para llevar a cabo tales negocios jurídicos, en cumplimiento de las funciones propias de su cargo, y por este motivo, ni previa ni sucesivamente, pueden considerarse viciados, inválidos o ineficaces tales actos jurídicos.

Por el contrario, producida, ya, la **separación**, los administradores concursales cesados **dejan de serlo**, y –por tanto- **ya no se hallan investidos de sus funciones**, por lo que carecen de legitimación para llevar a cabo tales operaciones... y si las llevan a cabo, las mismas serían **nulas “ipso iure”**. Ahora bien; esto no significa que la legitimación y el poder de disposición retornasen o revirtiesen en el propio Concursado, pues –como ya tuve ocasión de señalar, con anterioridad- la separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación no supone la revocación, ni la anulación de la resolución judicial de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial, de modo que el Concursado que se vio suspendido de esas facultades, no las recupera incluso aunque la Liquidación se hubiera prolongado *“indebidamente”*, ni tampoco por consecuencia de la separación de los mismos administradores concursales.

También parece que **se extinguirían sus funciones relacionadas con el pago de los créditos**, conforme previenen los **arts. 154 y ss., LConc.** Así, ya no correspondería a los administradores concursales cesados o separados, ni deducir de la Masa Activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, tal como previene el art. 154, nº 1, ni –menos, aún- efectuar el pago de dichos créditos. Tampoco tendrán, ya, ni la función, ni el deber, ni la legitimación para llevar a cabo el pago de los créditos concursales, ya se trate de créditos privilegiados, u ordinarios o –aunque esto resulta, ya, prácticamente imposible, si no quimérico- subordinados, conforme previenen los arts. 156 al 158, LConc., etc.

Más compleja es la situación planteada por el **art. 151, LConc.**, titulado *“prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa”*: si los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso, **¿acaso su cese los liberaría de esa prohibición?** Desde luego, el mismo artículo, en su **nº 2**, dispone que los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular, pero... **¿y si ya estaban cesados y privados de su retribución?**

Adicionalmente, quedan sometidos a otra consecuencia negativa, que no viene contemplada en el art. 153, sino en un precepto muy lejano: me refiero al **art. 28, nº 2, párr. 2º, LConc**:

“Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designados por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobarción de cuentas en concurso anterior” ⁽¹²⁵⁾

Ahora bien; una vez más, es dudoso que nos encontremos en presencia de una sanción. Para empezar, el art. 28 lleva por título el de *“incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones”*. Por consiguiente, lo que

¹²⁵ .- CADENAS DE GEA,C.: *“La Retribución de los Administradores ...”*, cit., p. 161.

comenzó como una aparente reacción del Legislador, frente a una conducta que no satisfacía el legítimo interés de los Justiciables, en una ejecución concursal sin dilaciones indebidas; es decir: como una medida no pertinente a las condiciones subjetivas de los Administradores Concursales, acaba transformándose en una medida que sí atañe a dichas condiciones subjetivo-personales.

Art. 153, nº 4. *“Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198”.* Ese *“registro público mencionado en el artículo 198”* no es otro que el *“Registro Público Concursal”* o *“Registro de Resoluciones Concursales”*; instrumento público registral, cuya estructura, contenido y sistema de publicidad así como los procedimientos de inserción y acceso, al mismo se desarrollarán reglamentariamente, que –de conformidad con el citado art. 198- se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, aunque –al parecer- **se ignora cuál sería la eficacia jurídica sustantiva o material** del mismo, pues el art. 198, LConc. no previó los efectos de la inscripción ⁽¹²⁶⁾; concretamente, no previó si las inscripciones en este Registro produciría efectos de publicidad material, legitimación, etc; no previó si las situaciones en él publicadas podrían, o no podrían, ser oponibles a terceros, de modo que éstos –a la manra de los dispuesto en los **arts. 32 a 34** de la **Ley Hipotecaria de .02.1946-** no pudieran desconocer legítimamente los hechos publicados. Todo esto quedó abandonado a un desarrollo reglamentario ⁽¹²⁷⁾.

En realidad, parece que este Registro **únicamente** produce unos simple efectos **informativos**, pues nació – simplemente- como un mero archivo, al que podrían recurrir los jueces de diferentes concursos, **para tener conocimiento de qué sujetos están impedidos de ser nombrados administradores concursales** ⁽¹²⁸⁾. Tal vez por este preciso motivo, sea por lo que **el art. 153, LConc. no dice que se haya de proceder a una “inscripción registral” de la separación de los administradores**, sino que se limita a decir que del cese o de la separación *“se dará conocimiento”* al susodicho registro público, lo que vendría a corroborar el que, de conformidad con el art. 198, nº 2, la publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrá un valor meramente

¹²⁶ .- GARCÍA VICENTE, J.R.: Artículo 198. Registro Público, en VV.AA.: *“Comentarios a la Ley Concursal”*, t. I (arts. 1 a 115), Cap. Vº, *“Registro de Resoluciones Concursales”*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, edit. TECNOS, S.A., Madrid 2004, p. 2016.

¹²⁷ .- De conformidad con el art. 198, nº 3, LConc., la estructura, contenido y sistema de publicidad a través de este registro y los procedimientos de inserción y acceso se desarrollarán reglamentariamente, bajo los principios siguientes: 1.º Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto, en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución con indicación de los datos registrables cuando aquéllas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos. 2.º La inserción de las resoluciones o sus extractos se realizará preferentemente, a través de mecanismos de coordinación con el Registro Civil, el Registro Mercantil o los restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica, conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente. 3.º El registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo. 4.º El contenido del registro será accesible de forma gratuita por Internet u otros medios equivalentes de consulta telemática.

¹²⁸ .- GARCÍA VICENTE, J.R.: Artículo 198. Registro Público, cit., p. 2016.

informativo o de publicidad notoria.

Claro que, de hecho, ese Registro ha incluido otras inscripciones, como las de designación de administradores concursales ⁽¹²⁹⁾ y las de **cese** de los mismos ⁽¹³⁰⁾, etc. En este sentido, el Registro de Resoluciones Concursales constará de tres secciones:

a) En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el secretario judicial.

b) En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento.

c) En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización.

II.6.- Consecuencias patrimoniales

De acuerdo con el **art. 153, nº 3, LConc.**, los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación ⁽¹³¹⁾. Porque, en efecto, los Administradores del Concurso desarrollan sus funciones a cambio de una **remuneración**, conforme previene el **art. 34, LConc.**, cuyo régimen es objeto de desarrollo reglamentario por el **RD. 1860/2004, de 06.09.2004, por el que se establece el Arancel de derechos de los administradores concursales [RD.ArAconc.]**⁽¹³²⁾.

Ante todo, lo que previene el art. 34, LConc. es que la **administración** del Concurso, entendida como actividad; como servicio que se presta por cuenta ajena, y que es objeto de obligación y potencial fuente de responsabilidad civil, es

¹²⁹ - GARCÍA VICENTE, J.R.: Artículo 198. Registro Público, cit., p. 2016.

¹³⁰ - GARCÍA VICENTE, J.R.: Artículo 198. Registro Público, cit., p. 2016.

¹³¹ - SACRISTÁN REPRESA, M.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales..., cit., en PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, p. 1363.

¹³² - SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: "Instituciones...", cit., t. II, 36ª ed. [9ª en Aranzadi], p. 596.

-por regla general- una actividad **retribuida**. No solamente el título del citado precepto, sino -además- su nº 1, así lo revelan claramente:

“1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1 y 2 del apartado 2 del artículo 27...”

En cumplimiento de lo previsto en el art. 34, el arancel se fija atendiendo a varios factores; a saber:

“... 2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso...”

Mas, aunque la administración del Concurso es una actividad retribuida; una actividad, por cuyo desarrollo devengan los Administradores concursales unos derechos económicos, en determinados casos, puede suceder que los citados administradores se vean **privados de tales derechos**. Esto es, propiamente, lo que previene el art. 153, respecto de los administradores que hubieren sido separados de su cargo, por causa de prolongación indebida de la liquidación ⁽¹³³⁾.

Pero, una vez más, es preciso evitar la tentación de ver, aquí, una medida propiamente sancionadora; antes bien creo que lo más apropiado es hablar de una “*conditio iuris*” de la percepción de las retribuciones devengadas, aunque reconozco que la terminología del precepto es confusa, y podría interpretarse en otro sentido. **3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.**

Ante todo, debemos recordar que la administración concursal es una función de carácter público y naturaleza judicial; procesal. Por este motivo, el **art. 35, LConc.** habla del “*ejercicio del cargo*”, y el **art. 3º, nº 4, RD.ArAconc.**, establece que “[l]os administradores concursales no podrán aceptar del concursado, de los acreedores o de terceros retribución complementaria o compensación de clase alguna, en dinero o en especie, por el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley”. Obsérvese la insistencia en hablar de “**cargos**” que “*se ejercitan*”, y de “**ejercicio de las funciones atribuidas por la ley**”, que se retribuyen. Hay un evidente componente de **causalidad**, en el sentido del **art. 1261 y 1274, CC**. Ciertamente, no estamos hablando, aquí, de contratos; menos, aún, de contratos privados, porque la naturaleza de la relación jurídica de administración concursal es –como ya se dijo– **pública**... Pero, **¿acaso éllo impide apreciar que estamos ante derechos de crédito, y que esos derechos de crédito deben tener una causa, y que esa causa es –cuando menos- remuneratoria, por no decir que onerosa?** En cualquier caso, **es partiendo de esta base como debemos interpretar lo dispuesto en el art. 34, LConc., y en las disposiciones del RD.ArAconc./2004;** disposición aplicable, únicamente, a los supuestos de administración

¹³³ - MORALEJO IMBERNÓN, N.: Artículo 153. Separación de los Administradores concursales ..., cit., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, t. I, p. 1643.

concurzal “que hayan de regirse por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” [art. 1º, nº 3, RD.ArAconc.] se basa, y ello ha constituido una notable novedad, en el cobro por arancel [E.M./RD.ArAconc.]. Y si es partiendo de esta base como debemos interpretar lo dispuesto en el art. 34, LConc., y en el RD.ArAconc./2004, entonces con tanta razón o incluso con mayor motivo, aún, si cabe, deberemos partir de esa misma base, para comprender el sentido de la medida de pérdida de los derechos económicos de los Administradores Concursales, por prolongación indebida de la liquidación.

La retribución, pues, tiene el carácter de un arancel, y si consideramos que, de acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz **arancel** (De ár. hisp. *alinzál*, y este del ár. clás. *inzāl*) significa: **1.** m. Tarifa oficial que determina los derechos que se han de pagar en varios ramos, como el de costas judiciales, aduanas, ferrocarriles, etc., o bien: **2.** m. Tasa, valoración, norma, ley, entonces habremos de concluir que se trata de un tipo de retribución de carácter público, que se devenga por el desempeño de una función legalmente atribuida a quien la desempeña.

Ahora bien; si la función que se retribuye es judicial; procesal, entonces evidentemente tiene que consistir en la satisfacciones de pretensiones, que –en este caso- son pretensiones de ejecución, y –además- de ejecución universal, que afecta a la totalidad de las deudas del Concursado y la totalidad de su patrimonio. Por consiguiente, **¿se habrá dado satisfacción, realmente, al derecho de tutela judicial –concurzal- efectiva, por la Administración del concurso, cuando ésta no concluye las operaciones de liquidación en plazo?** Creo que no; creo que esta tutela judicial concursal únicamente se puede entender deparada, de modo eficaz, cuando, habiéndose abierto la Fase de Liquidación, se lleva a cabo de forma plena y –prácticamente- absoluta, la totalidad de las operaciones liquidadoras, e incluso el pago a los acreedores. No hay –no puede haber-, por razones de simple lógica de las instituciones jurídicas, otra posibilidad. Todo lo que no sea haber llevado a término tales operaciones, no puede ser calificado como una efectiva tutela judicial concursal. Y, si tal es así, entonces, consiguientemente, todo aquel que ocupe el cargo de Administrador del Concurso, y –luego de transcurrido un año, desde la apertura de la Fase de Liquidación- no haya concluido las operaciones liquidadoras... habrá omitido deparar la tutela judicial ejecutiva-concurzal, a los distintos justiciables afectados, como partes, por el Concurso, al tiempo que –en el desarrollo de una función que es, por esencia, pública- habrá contrariado el interés general en la debida administración de Justicia. **¿Puede entonces extrañar que se le prive de sus derechos retributivos?**

En otro orden de cosas, consecuencia de separación de los administradores concursales, por prolongación indebida de la liquidación, es que la Administración Concursal cesada o separada **habrá de rendir cuentas de su actuación** ⁽¹³⁴⁾

¹³⁴ .- TIRADO, J.: “Los Administradores Concursales”, cit., p. 557.