

**GRADO: Doble grado en
Administración y Dirección de Empresas
y Derecho**

Curso 2018/2019

**LA RESPONSABILIDAD
DE LOS
ADMINISTRADORES DE
LA SOCIEDAD EN EL
CONCURSO CULPABLE**

Autora: Mainer Caballero Rodríguez

Director: Aitor Zurimendi Isla

Bilbao, a 26 de junio de 2019



ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
CC	Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
CCom Comercio	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	3
ÍNDICE	4
I.- INTRODUCCIÓN	6
II.- NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES	6
II.1.- Compatibilidad del ejercicio de las anteriores acciones contra los administradores sociales durante el procedimiento concursal.....	8
III.- DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.....	10
III.1.- La diligencia en la gestión de la sociedad administrada	11
III.2.- La declaración de concurso de una sociedad	15
IV.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.....	16
IV.1.- Administradores sociales de hecho.....	16
IV.2.- Cómplices	17
IV.3.- Pronunciamientos de la sentencia de calificación.....	18
V.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.....	20
V.1.- Calificación del concurso como culpable	20
V.1.1.- Culpa automática	21
V.1.2.- Culpa presunta	24
V.2.- Responsabilidad civil de los administradores sociales en caso de concurso culpable	25
V.2.1.- Acción de responsabilidad por daños	25
V.2.1.1.- Acción de responsabilidad social contra los administradores de la sociedad concursada (arts. 236 a 240 de la LSC).....	25
V.2.1.2.- Acción de responsabilidad individual contra los administradores de la sociedad concursada (art. 241 de la LSC)	28
V.2.2.- Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad (art. 367 de la LSC)	31
VI.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX ART. 172 BIS DE LA LC</i>	34
VII.- CONCLUSIONES	38
VIII.- BIBLIOGRAFÍA.....	40
IX.- NORMATIVA	42
X.- JURISPRUDENCIA	43
X.1.-Sentencias del Tribunal Supremo	43
X.2.- Sentencias de las Audiencias Provinciales.....	44
X.3.- Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia.....	44
X.4.- Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil	44
X.5.- Autos de los Juzgados de lo Mercantil.....	45

RESUMEN DEL TRABAJO

En el presente trabajo analizamos la responsabilidad de los administradores societarios ante la situación del concurso de acreedores calificado como culpable a través de cuatro acciones de responsabilidad. El objetivo del mismo es analizar la naturaleza de su responsabilidad en el concurso culpable, en qué supuestos puede exigírseles y cómo responden los administradores sociales.

En la actualidad, existe una particularidad en relación a la responsabilidad civil de los administradores sociales: la establecida por el art. 172 *bis* de la LC. A lo largo de este trabajo estudiamos cómo se conjugan las acciones con las que se exige la responsabilidad civil de los administradores sociales con el fin de dar una respuesta satisfactoria a los socios o acreedores de la sociedad concursada.

La metodología que hemos empleado para la realización del trabajo ha sido la siguiente: revisión bibliográfica de manuales y de artículos de revistas científicas. Además, se ha trabajado con amplia normativa y jurisprudencia. Podemos destacar que el grueso del trabajo se basa en ese último material, es decir, en leyes y en las sentencias de los tribunales de nuestro país.

I.- INTRODUCCIÓN

Normalmente, al referirnos a la responsabilidad que se puede imputar a los administradores societarios en el concurso culpable nos referimos a la de carácter civil; si bien es cierto que se puede establecer responsabilidad penal si los actos llevados a cabo por los administradores sociales son constitutivos de delito.

Hemos escogido este tema de trabajo puesto que nos pareció interesante analizar la responsabilidad civil que les es exigida a los administradores sociales en el concurso culpable ante una actuación negligente por parte de los mismos. La legislación concursal actual, a diferencia de regulaciones anteriores, contiene una particularidad en relación a esta materia de responsabilidad. La misma hace referencia al art. 172 *bis* de la LC, denominada acción de responsabilidad por el déficit entre activo y pasivo. Dicha peculiaridad es a consecuencia de que la responsabilidad que establece este último precepto, a pesar de ser de carácter civil, se articula como una respuesta jurídica de carácter resarcitorio a los administradores sociales que no han actuado en sus funciones con la diligencia que se les exige. Es decir, no exige el nexo causal y la consecuencia no es la indemnización de los daños y perjuicios producidos a la sociedad, sino que la condena es a la cobertura del déficit de la sociedad.

II.- NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad de los administradores sociales, debemos destacar que ante una vulneración por parte de estos de las funciones propias del cargo que desempeñan les será exigida una responsabilidad. Esta responsabilidad es orgánica, debido a que la responsabilidad recae sobre las personas físicas que componen el órgano de administración, y no en el propio órgano. De forma que la responsabilidad de los administradores de la sociedad es personal e individualizada. Ello lo podemos comprobar en el art. 238.3 de la LSC, a propósito de la acción social de responsabilidad por daños contra los administradores societarios, el cual expone que el acuerdo de promover dicha acción (o de transigir de ella) supondrá la destitución de los administradores sociales afectados. Además, la responsabilidad tiene carácter legal, es de orden público porque afecta a derechos de terceros y ostenta carácter «jurídico privado», puesto que se trata de una responsabilidad civil por daños, ya que el objetivo primordial es resarcir el patrimonio de la sociedad afectada.¹ Esta responsabilidad puede concurrir con otras de carácter administrativo o penal.

Existen unas determinadas acciones para ejercer frente a los administradores sociales cuando la sentencia de calificación establece que el concurso es culpable, entre ellas destacamos la del art. 172 *bis* de la LC, que condena a los mismos a la cobertura del déficit de la sociedad que administran.

¹ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 10ª edición, Bosch, Barcelona, 2015, págs. 53, 54, 402 y 403.

Una vez declarado el concurso de acreedores de la persona jurídica, el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores sociales corresponde en exclusiva a la administración concursal,² aunque la legitimación activa es más amplia cuando no son incoadas dentro del procedimiento concursal.

A continuación, haremos un breve comentario sobre los tipos de responsabilidad que les pueden ser exigidos a los administradores de la sociedad, si bien a lo largo del trabajo centraremos nuestra atención en la de carácter civil.

En primer lugar, detallaremos los dos tipos de responsabilidad civil que existen en relación con los administradores sociales cuando el concurso se califica como culpable: la responsabilidad civil ordinaria y la responsabilidad *ex art. 172 bis* de la LC.

Por una parte, nos encontramos con la responsabilidad civil derivada de acciones u omisiones de los administradores societarios, esto es, con la responsabilidad por daños. Esta responsabilidad goza de dos acciones: la acción de responsabilidad social (que se encuentra recogida en los arts. 236 a 240 de la LSC) y la acción de responsabilidad individual del art. 241 de la LSC. Asimismo, encontramos en dicha Ley la responsabilidad por deudas sociales (que se encuentra en el art. 367 de la LSC) y que *“surge por el incumplimiento de determinadas obligaciones legales en relación con la obligación de instar la disolución de la sociedad o, en su caso, el concurso, por concurrencia de alguna de las causas legales o estatutarias, y tiene un marcado componente objetivo”*.³

Por otra parte, existe la responsabilidad concursal o también llamada responsabilidad por el déficit entre el activo y el pasivo, que en este caso se regula por la LC (más concretamente por el art. 172 *bis* de la LC) y, como explicaremos más adelante, se erige como la peculiaridad del concurso. A pesar de que es denominada “responsabilidad concursal” es pacífico que se trata de una responsabilidad civil, con ciertas particularidades.

En segundo lugar, existe la responsabilidad administrativa (tributaria y de seguridad social). Por ejemplo, siendo de aplicación la LGT, debemos mencionar el art. 41 relativo a la responsabilidad tributaria, que es siempre subsidiaria excepto que exista un precepto legal que estipule lo contrario. Por su parte, el art. 42 de la LGT contempla los supuestos en los que la responsabilidad será solidaria, como, por ejemplo, serán responsables solidarios los que sean causantes o colaboren activamente en la comisión de esta infracción tributaria. En cuanto a la responsabilidad en el orden social, la ley no

² Así queda establecido por el art. 48 *quárter* de la LC, el cual fue introducido en 2011 y entró en vigor en 2012.

³ Como dispone la Sentencia de la AP de Pontevedra, de 19 de diciembre de 2014, Ar. 38043, en su FJ 2.

prevé ninguna en el ámbito de las infracciones o sanciones para los administradores societarios.⁴

En tercer lugar, también puede exigirse a los administradores sociales responsabilidad penal por sus actos. A este respecto, podemos poner de manifiesto algunos de los delitos más importantes en el ámbito de las sociedades: falsedad contable,⁵ delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social⁶ y, por último, los delitos relacionados con las insolvencias punibles. En relación con este último delito, destacamos por ejemplo que el art. 259.1.1.^a del CP dispone que aquella persona que, encontrándose el deudor o la sociedad deudora en situación de insolvencia actual o inminente (o que con estas conductas cause la situación de insolvencia), oculte, cause daños o destruya alguno de los bienes o elementos patrimoniales que estén o deban estar incluidos en la masa del concurso de acreedores en el momento de apertura del mismo, será castigado con una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 8 a 24 meses. Asimismo, el art. 259.5 del CP preceptúa que el delito de insolvencia punible (así como los delitos singulares que estén relacionados con este) podrá perseguirse aunque el concurso no haya concluido. El delito de insolvencia punible solo puede ser perseguido en dos supuestos: bien cuando el deudor haya dejado de cumplir con sus obligaciones exigibles de forma regular o bien cuando el mismo haya sido declarado en concurso.⁷

II.1.- Compatibilidad del ejercicio de las anteriores acciones contra los administradores sociales durante el procedimiento concursal

Uno de los puntos que mayor importancia reviste en cuanto al ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales es si las mismas son acumulativas o, por el contrario, son alternativas, sobre todo, durante el procedimiento concursal.

Sobre este extremo, debemos hacer el siguiente apunte: si bien es cierto que desde el primer momento el legislador societario es conocedor de que existe una regulación un tanto confusa a consecuencia de la existencia de dos normas aplicables en el concurso de acreedores y, en este caso, en relación con la responsabilidad que se les puede exigir a los administradores de la sociedad, el legislador no ha adoptado una solución que ponga fin a esta confusión a pesar del transcurso de los años. Ello supone que existe inseguridad jurídica en la siguiente cuestión: ¿se pueden entablar o mantener las

⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Responsabilidad penal de los administradores. ¿Elusión por estructura jerárquica, encargos o delegación de funciones?”, Diario La Ley, N° 9292, 2018, págs. 1-45 (pág. 13).

⁵ Este delito lo encontramos en el art. 290 del CP y lleva aparejado una pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

⁶ Que se encuentran en los arts. 305 a 310 *bis* del CP, y se relacionan con la responsabilidad mencionada con anterioridad, la referente a las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social; sin embargo, en este caso, constituirá delito cuando exceda de una determinada cantidad de dinero.

⁷ A tenor del apartado cuarto del art. 259 del CP.

acciones de responsabilidad que se recogen en la legislación societaria frente a los administradores sociales de una sociedad concursada?⁸

Es pacífico que cada acción responde a presupuestos de hecho totalmente distintos entre una y otra (por ejemplo, la acción de responsabilidad por deudas y la acción de responsabilidad por daños), por lo que su ejercicio puede ser simultáneo, esto es, las acciones son acumulativas.⁹ Como podemos comprobar en numerosas sentencias, ante la producción de un daño a la sociedad y a los socios por parte de un acto o una conducta negligente de los administradores sociales, es compatible el ejercicio de la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, así como su acumulación en el mismo procedimiento.¹⁰

En cuanto al ejercicio simultáneo de la acción individual de responsabilidad y la acción de responsabilidad por deudas, el TS se ha pronunciado exponiendo que es totalmente compatible su ejercicio, ya que mientras que la primera de ellas se centra en reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados al patrimonio del socio o acreedor a consecuencia de una determinada conducta del administrador, la segunda de las acciones persigue la condena solidaria de los administradores de la sociedad en relación con las deudas sociales tras la existencia de la causa legal de disolución de la sociedad. Sin embargo, también se puede dar el supuesto de que ambas acciones pretendan la misma petición de condena (por ejemplo, una condena -dineraria- solidaria de los administradores sociales) amparándose en distinta *causa petendi*. En este caso, no cabe duda de que la pretensión es cumplida con la estimación de una de las acciones y que la estimación de ambas no conllevaría una condena doble, sino una única y misma condena. Por ello, en estos casos de pretensión de misma condena se puede considerar que las acciones son ejercidas de forma alternativa o subsidiaria (excepto que en la demanda se exteriorice un concreto interés en la declaración de responsabilidad).¹¹

Centrando nuestra atención en el concurso de acreedores de una sociedad de capital, respondiendo a la cuestión anteriormente planteada y siguiendo lo establecido por la LC, tras la reforma operada en 2011, y por el TS,¹² debemos resaltar que el tratamiento concursal de cada una de las acciones de responsabilidad previstas en la LSC contra los administradores sociales varía en función de la clase de acción. De este modo, primeramente, comenzando por las acciones de daños, la declaración de concurso no acarrea la suspensión del ejercicio de la acción social de responsabilidad ni su paralización en los procedimientos en los que ya se hubiese ejercitado. Por su parte, en la acción individual de responsabilidad debemos tener en cuenta que su ejercicio puede generar alguna situación de disfunción en los principios concursales, con el objeto de

⁸ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa.”, Boletín de Mercantil, Nº 39, 2011, págs. 1-13 (pág. 1).

⁹ Como explica la Sentencia de la AP de Burgos, de 4 de febrero de 2016, Ar. 39189, en su FJ 2.

¹⁰ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 400.

¹¹ Así lo ha expuesto el Alto Tribunal en el FJ 12 de su Sentencia, de 4 de diciembre de 2013, Ar. 1835, y lo ha ratificado la AP de A Coruña en el FJ 2 de la Sentencia, de 18 de diciembre de 2017, Ar. 31131.

¹² En su Sentencia, de 22 de diciembre de 2014, Ar. 6885, FJ 7.

que ambas normas puedan integrarse de forma armónica. Esto es, “*si el acto antijurídico que se invoca como determinante del daño se integra por acciones u omisiones objetivamente idóneas para generar o coadyuvar a la generación o agravación de la situación de insolvencia, la acción individual puede superponerse a las instituciones concursales diseñadas para averiguar y, en su caso, corregir y sancionar dicha conducta, sea por el cauce de la acción de rescisión o reintegración a la masa, sea por la vía de la calificación del concurso como culpable y las consecuencias previstas en los arts. 172 y 172 bis de la Ley Concursal, lo que puede provocar distorsiones en el procedimiento concursal.*”¹³ En segundo lugar, la acción de responsabilidad por deudas sociales (la del art. 367 de la LSC), a diferencia de las acciones anteriores, la LC dispone que la declaración de concurso sí conlleva su suspensión, ya que, como dicta el precepto 50.2 de la LC: “[l]os jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.” Asimismo, “[d]eclarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.”¹⁴

Esto es, en la actualidad se impone la tesis que respalda la compatibilidad de las acciones societarias en el concurso de acreedores,¹⁵ a excepción de la acción de responsabilidad por deudas sociales, que no es compatible.¹⁶

En suma, en nuestro derecho no cabe más de una condena por los mismos hechos (como recoge el Principio *no bis in idem*); sin embargo, el régimen de responsabilidad de los administradores sociales se configura de tal forma que cada acción responde a unos hechos distintos de los presupuestos para incoar otra acción de responsabilidad, por ende, el ejercicio de las acciones de responsabilidad en el concurso de acreedores es acumulativo, al ser diferente el fundamento de cada una de ellas, con la excepción de las acciones de responsabilidad por deudas que quedarán en suspenso y no pueden ser iniciadas durante el proceso concursal.

III.- DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Existe un debate en relación con una de las facultades de los administradores de la sociedad concursada, ¿estos gozan de la competencia de convocatoria de la junta

¹³ Como argumenta la Sentencia de la AP de Pontevedra, de 19 de diciembre de 2015, Ar. 38043, en su FJ 2.

¹⁴ Art. 51 bis.1 de la LC.

¹⁵ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad...”, 2011, págs. 5 y 6.

¹⁶ Como recalca la Sentencia de la AP de Córdoba, de 26 de junio de 2012, Ar. 12839, en su FJ 1 *in fine*.

general, o por el contrario, la misma corresponde a la administración concursal? Podemos concluir que, a tenor de lo expuesto por MOYA JIMÉNEZ, esta facultad corresponde a los administradores de la sociedad, pues su no convocatoria por parte de los administradores sociales constituye uno de los supuestos para que los socios puedan incoar la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales,¹⁷ como veremos más adelante.

En cuanto a las funciones primordiales de los administradores societarios podemos decir que, de forma genérica, son dos: de una parte, la representación de la sociedad (en juicio o fuera de él), como se puede comprobar en el articulado de la LSC, más concretamente, en su art. 209 y en el art. 233;¹⁸ y, de otra parte, la gestión de la sociedad. En el presente trabajo debemos centrarnos especialmente en el estudio de esta segunda función, puesto que dependiendo de la gestión que hayan llevado a cabo los administradores societarios en la sociedad que administran el concurso será calificado como culpable o no. Es decir, ante una actuación negligente en la gestión de dicha sociedad el concurso será calificado como culpable.

En relación con la primera de las funciones de los administradores, la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social de la sociedad delimitado en los estatutos de la misma. Podemos poner de manifiesto que cualquier limitación de las facultades de representación de los administradores societarios carecerá de eficacia frente a terceros, a pesar de que se encuentre inscrita en el Registro Mercantil.¹⁹ A este respecto, conviene mencionar el art. 48 de la LC, relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras.

Por su parte, en referencia a la gestión de los administradores sociales, que se relaciona directamente con el deber de diligencia y el deber de lealtad que les es exigido, debemos preguntarnos qué significa actuar diligentemente, o por el contrario, qué significa que un administrador social actúe de forma negligente en la gestión de la sociedad que administra. Asimismo, en relación con este deber de gestión destacamos la siguiente obligación: el deber de solicitar, en plazo, la declaración de concurso de acreedores. Ambas cuestiones serán abordadas a continuación.

III.1.- La diligencia en la gestión de la sociedad administrada

Poniendo el foco en los deberes de los administradores de la sociedad,²⁰ podemos distinguir tres grandes grupos. Por una parte, el deber de diligencia de un ordenado empresario en el desempeño de su cargo y en el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley y por los estatutos;²¹ por otra parte, el deber de protección de la

¹⁷ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 400.

¹⁸ En el apartado segundo del art. 233 de la LSC se especifica la forma de representación de los administradores en función de la sociedad a la que representen.

¹⁹ Como dispone el art. 234 de la LSC.

²⁰ Que fueron modificados en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo.

²¹ Contenido en el precepto 225 de la LSC.

discrecionalidad empresarial,²² que se relaciona con el deber anterior puesto que el artículo que lo regula presupone una actuación diligente de los administradores en la toma de decisiones estratégicas y de negocio;²³ y, por último, el deber de lealtad.²⁴

Este deber de diligencia (que se encuentra recogido en el art. 225 de la LSC) se refiere a que los administradores de la sociedad quedan obligados a desempeñar su cargo y a cumplir con los deberes que les son impuestos tanto por las leyes como por los estatutos sociales con la diligencia de un ordenado empresario. Dicho de otra manera, “*qué hubiera hecho un ordenado administrador y un representante leal en el caso concreto enjuiciado, cómo hubiera debido cumplir la obligación legalmente impuesta, qué comportamiento hubiera debido observar en ausencia de previsión legal expresa y qué era lo exigible conforme a dichos parámetros.*”²⁵ Así, deberán mantener una dedicación al cargo adecuada y deberán adoptar aquellas medidas tendentes a obtener una buena dirección y un buen control de la sociedad que administran. Además, para el cumplimiento de sus obligaciones, los administradores sociales ostentan el deber de exigir, así como el derecho a recabar de la sociedad aquella información que consideren adecuada y necesaria para ello, ya que con dicha información los administradores de la sociedad podrán tomar decisiones correctas.²⁶ A tenor de la redacción del artículo, el nivel de diligencia es diferente para cada administrador social, pues la norma establece que deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes en atención a la diligencia de un ordenado empresario, “*teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*”.

A este respecto, debemos aclarar qué significa actuar de negligentemente. Para ello, distinguimos cinco situaciones diferentes. En primer lugar, los administradores sociales actúan de forma negligente cuando proceden a consecuencia de valoraciones que no son correctas y por equivocaciones técnicas (aunque como veremos más adelante, la Ley prevé que esta situación no se considere negligente si se observan una serie de requisitos, constituyéndose así la cláusula de protección del art. 226 de la LSC). En segundo lugar, los administradores sociales actúan de manera contraria a su deber de diligencia cuando lo hacen con insuficiente información para la toma de decisiones. Un ejemplo de ello es la adquisición de una mercantil por parte de una sociedad que, a consecuencia de la no realización de un necesario estudio previo sobre la conveniencia

²² Al hilo de ello, podemos destacar que este precepto se basa en la regla del buen criterio empresarial: el denominado «*business judgment rule*», como se recoge en el artículo de CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C., “Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital (1)”, La Ley mercantil, Nº 53, 2018, págs. 1-27 (pág. 10).

²³ Del art. 226 de la LSC.

²⁴ Que lo encontramos en el artículo 227 de la LSC, en relación con el art. 228 que establece las obligaciones básicas derivadas de dicho deber como, por ejemplo, el deber de guardar secreto sobre informaciones de la sociedad, y con el art. 229, que concreta uno de los deberes impuestos en el artículo 228, el relativo a evitar situaciones de conflicto de interés.

²⁵ Como dispone el FJ 3 de la Sentencia de la AP de Córdoba, de 7 de julio de 2008, Ar. 95813.

²⁶ ÚRIA MENÉNDEZ, “Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas”, Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, Nº 75, 2015, págs. 1-17 (Pág. 10).

o no de llevar a término dicha adquisición, deja al grupo en una situación financiera delicada, hasta el punto de entrar en concurso de acreedores.²⁷ En tercer lugar, los mismos actúan de forma negligente cuando no cumplen con los protocolos que se exigen en la adopción de decisiones. En cuarto lugar, cuando los administradores sociales actúan en su cargo con actitud perezosa e indolente y con deficiente involucración en su cargo también se considera que su actuación es negligente. Y, en quinto lugar, también actúan infringiendo su deber de diligencia cuando ostentan algún interés personal en las decisiones que deben tomar en nombre de la sociedad que administran.²⁸ Respecto a este último supuesto, la AP de Castellón ha condenado a los administradores de una sociedad debido a que estos han actuado negligentemente en el desempeño de su cargo puesto que han desviado, de forma dolosa, la actividad total de la sociedad a otras sociedades de las cuales los socios o miembros del órgano de administración son familiares de los administradores sociales condenados.²⁹

Asimismo, cabe preguntarnos qué significa actuar como un ordenado empresario. La respuesta la encontramos en el art. 226 de la LSC, a propósito del deber de protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores sociales. En cuanto a este deber podemos decir que no es un deber propiamente, sino que se constituye como una concreción del deber de diligencia (un estándar del deber de diligencia), ya que las actuaciones que se encuentren dentro de la discrecionalidad empresarial nunca podrán ser calificadas como negligentes y, por ende, nunca será el concurso calificado como culpable a tenor de esas actuaciones. Es decir, las actuaciones llevadas a cabo por los administradores sociales como unos ordenados empresarios no podrán ser consideradas arbitrarias ni tampoco contrarias al deber de diligencia, por consiguiente, no serán actuaciones atacables.³⁰ *A sensu contrario*, “fuera de este espacio no hay inmunidad y el acto u omisión deberá enjuiciarse con los parámetros generales del deber de diligencia”.³¹ Como podemos comprobar, esta cláusula de protección se refiere a las primeras actuaciones que anteriormente hemos descrito como negligentes.

La cláusula de discrecionalidad que contiene el precepto 226 de la LSC se constituye como una protección de los actos o actuaciones que lleven a término los administradores sociales que, en principio, son contrarios al deber de diligencia que deben acatar,³² como hemos explicado a propósito de las actuaciones negligentes. De esa forma, dicho artículo establece que una actuación diligente de los administradores en la toma de decisiones estratégicas y de negocio, que queden sujetas a la discrecionalidad empresarial, será aquella en la cual el administrador de la sociedad lleve a término una actuación de buena fe, que disponga de información suficiente, que

²⁷ Ello lo encontramos en el FJ 2 de la Sentencia de la AP de Valencia, de 20 de marzo de 2014, Ar. 940.

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S., “*Gobierno Corporativo y derecho penal*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 46.

²⁹ Como puede comprobarse en el FJ 1 de la Sentencia de la AP de Castellón, de 31 de marzo de 2014, Ar. 954.

³⁰ ASENJO RODRÍGUEZ, E., “El deber de lealtad del administrador y su contenido”, *La Ley mercantil*, Nº 44, 2018, págs. 1-21 (pág. 4).

³¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Documentos. Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 26, 2017, págs. 1-19 (pág. 10).

³² ASENJO RODRÍGUEZ, E., 2018, pág. 7.

tome las decisiones en virtud de un procedimiento de decisión adecuado y sin que concurra interés personal del mismo en el asunto que gestione. Es decir, aun cuando la decisión tomada por los administradores sociales sea finalmente perjudicial para la sociedad, no se considerará una actuación negligente por parte de estos si dicha toma de decisión responde a estos requisitos.

El segundo de los apartados del artículo se centra en excluir determinadas decisiones del ámbito de la discrecionalidad empresarial, más concretamente, las que afecten de manera personal a otros administradores societarios y a personas vinculadas y, sobre todo, las decisiones cuyo objeto sea autorizar las operaciones que quedan establecidas en el precepto 230 de la LSC, esto es, las referidas a la dispensa de un administrador societario de cumplir con determinadas prohibiciones. Esto último se relaciona directamente con el deber de lealtad de los administradores, que lo explicamos en el siguiente párrafo. La jurisprudencia ha dejado claro que los administradores sociales que, a consecuencia de un influjo o condicionamiento recibido por parte de otra persona, actúen con la diligencia propia de un buen padre de familia en la administración o gestión del patrimonio de la sociedad que administran, no incurrir en una conducta negligente, debido a que han actuado en la creencia de hacer lo correcto, a pesar de que el resultado final sea perjudicial para la sociedad que administran.³³

El deber de lealtad de los administradores societarios (de los arts. 227, 228, 229 y 230 de la LSC) se refiere a que estos deberán obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad que administran puesto que ese es el fundamento de la representación que ejercen respecto de la sociedad que administran. De forma que si incumplen con ello, la infracción correlativa determinará dos obligaciones: de un lado, la indemnización del daño causado al patrimonio social y, de otro lado, devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.³⁴ En relación con la primera idea, el TS ha establecido que este deber de lealtad significa que el administrador social queda obligado a desempeñar sus funciones del cargo anteponiendo el interés de la sociedad al interés particular suyo o de terceros. Por ende, ante cualquier situación de conflicto de interés, el administrador societario debe velar por el interés de la sociedad, además de dirigir su gestión, de manera óptima, hacia el objetivo y finalidad de la sociedad que administra, sin actuar en perjuicio de la misma.³⁵

A este respecto, cabe reseñar que el régimen legal del deber de lealtad es imperativo (así como el de su responsabilidad), por lo que las disposiciones estatutarias que lo limiten o que sean contrarias al mismo serán inválidas,³⁶ ya que afecta a terceros, así como a los socios de la sociedad. Dicho esto, cabe decir que existen unos casos tasados en la ley por los que se podrá dispensar dicha prohibición.³⁷ Por ejemplo, en el supuesto de que

³³ Como ha declarado el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz en el FJ 4 de su Sentencia, de 25 de abril de 2018, Ar. 1147.

³⁴ Así lo preceptúa el apartado segundo del art. 227 de la LSC.

³⁵ Idea extraída del FJ 3 de la Sentencia del TS, de 11 de diciembre de 2015, Ar. 5440; y del FJ 3 de la Sentencia de la AP de A Coruña, de 7 de noviembre de 2017, Ar. 308481.

³⁶ Como podemos comprobar en el art. 190.1.e) y en el art. 230.1 de la LSC.

³⁷ Así se establece por el art. 230 de la LSC.

no se espere daño alguno para la sociedad o el mismo sea compensado por los beneficios de la dispensa, se podrá dispensar a un administrador societario de la obligación de no competir con la sociedad a consecuencia de la existencia de un control externo que acredite que ello es beneficioso para la sociedad.

Para terminar con el deber de lealtad, existe en la legislación societaria un artículo dedicado exclusivamente a las acciones derivadas de la conculcación de este deber. De esta forma, además de poder ejercitar la acción de responsabilidad del artículo 236 y ss de la LSC, podrán ejercitarse contra los administradores de la sociedad las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por estos violando su deber de lealtad. Es decir, su ejercicio es compatible con la acción social o individual de responsabilidad por daños.

En suma, ante un incumplimiento por parte de los administradores sociales de los deberes que les son exigidos por ley, nos encontramos con la figura de la acción social o individual de responsabilidad por daños,³⁸ así como con la responsabilidad por deudas y con la responsabilidad *ex art. 172 bis* de la LC.

III.2.- La declaración de concurso de una sociedad

La obligación de solicitud de declaración de concurso se encuentra dentro de la esfera natural de la obligación de gestión de los administradores de la sociedad. Por tanto, corresponde a estos el cumplimiento de la misma, salvo que de forma excepcional la obligación se traslade a la junta general de socios por encomienda legal.³⁹

A esta obligación hacen referencia los artículos 3.3 y 5 de la LC. El primero de ellos legitima a los administradores sociales a solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica por ser responsable de las deudas de la sociedad. En cambio, el segundo de los artículos establece el plazo en el que deben cumplir con esta obligación: la solicitud de declaración de concurso deberá realizarse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en la que se hubiera conocido o se debiera conocer el estado de insolvencia de la sociedad. Siguiendo con este precepto, el apartado segundo establece unas presunciones de conocimiento del estado de insolvencia,⁴⁰ como, por ejemplo, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes de la sociedad.

La inobservancia de esta obligación de declaración de concurso conlleva la atribución o exigencia de responsabilidad (de carácter solidario) del art. 367 de la LSC, como se explicará en uno de los siguientes epígrafes. Podemos entender, por consiguiente, que ante una actuación negligente de los administradores sobre esta cuestión, la legislación

³⁸ ASENJO RODRÍGUEZ, E., 2018, pág. 4.

³⁹ VÁZQUEZ CUETO, J.C., “Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas”, Revista de Derecho, N° 21, 2016, pág. 75-103 (pág. 80).

⁴⁰ Que remiten directamente al art. 2.4 de la LC.

societaria establece unos «mecanismos *ex post*» de protección de los acreedores de la sociedad.⁴¹

El plazo del que disponen los administradores para solicitar la declaración de concurso reviste de máxima importancia puesto que de cumplir con esta obligación en el plazo estipulado por ley responderán únicamente de aquellas deudas de la sociedad de las que fueran responsables antes de la declaración de concurso. Es decir, no recaerá responsabilidad sobre ellos de las deudas que se contraigan con posterioridad al momento de solicitud de la declaración de concurso. Sobre este extremo hablaremos más detenidamente cuando abordemos la acción de responsabilidad por deudas sociales.

En definitiva, podemos decir que la obligación que se exige a los administradores sociales de solicitar la declaración de concurso responde al deber de diligencia visto anteriormente, puesto que una actuación negligente se consideraría no solicitar la declaración en el plazo previsto por ley, agravando de ese modo la insolvencia de la sociedad.⁴²

IV.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

En cuanto al ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores sociales es interesante comprobar dos cuestiones. La primera es que la legislación societaria establece que cuando nos encontremos en la situación en la que no existe una delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados de la sociedad, las normas relativas a los deberes y responsabilidades de los administradores sociales serán de aplicación a la persona que ostente facultades de más alta dirección de la sociedad (sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con la misma).⁴³ La segunda de las cuestiones es que aquella persona física que sea designada para ejercer de forma permanente las funciones propias del administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales para ser administrador. Además, deberá cumplir con los deberes inherentes al cargo de administrador de la sociedad y, en relación con ello, responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.⁴⁴

IV.1.- Administradores sociales de hecho

Debemos poner de relieve en este epígrafe los administradores societarios de hecho. Conviene destacar que tanto los administradores de hecho como los de derecho gozan del mismo tratamiento a efectos de responsabilidad en las leyes estatales, como podemos comprobar en el art. 172.2.1º de la LC. Ello también se puede ver en la LSC,

⁴¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores (1)”, Revista de Derecho Concursal y Paraconsursal, Nº 30, 2019, págs. 1-43 (pág. 6).

⁴² Como se establece en el FJ 1 de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, de 22 de marzo de 2016, Ar. 84681.

⁴³ Así lo establece el apartado cuarto del art. 236 de la LSC.

⁴⁴ Como indica el art. 236.5 de la LSC.

así como en el CP.⁴⁵ En esa misma línea se ha expresado el Alto Tribunal, estableciendo que la responsabilidad de los administradores sociales de derecho se hace extensiva a los administradores de hecho.⁴⁶ Cabe reseñar que en el ámbito del derecho de sociedades ese tratamiento se deriva de los Principios de buena fe y de protección de la apariencia creada en el tráfico frente a terceros de buena fe.⁴⁷ Igualmente, es importante mencionar que, en principio, la responsabilidad de los administradores de hecho solo alcanza a los actos externos, esto es, aquellos actos que lleven a término con terceros en nombre de la sociedad.⁴⁸

La regulación societaria define así a los administradores de hecho en el apartado tercero de su art. 236 de la LSC: *“tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”* La primera regulación de los administradores de hecho como responsables del concurso se remonta a la LC del año 2003.

Es conveniente poner de manifiesto que a pesar de que los administradores de hecho y de derecho gozan del mismo tratamiento, como hemos indicado en los párrafos anteriores, el art. 172.2.1º de la LC, sobre la determinación de las personas afectadas por la sentencia que califique el concurso como culpable, dispone que se deberá motivar la condición de administrador o liquidador de hecho de una persona.

IV.2.- Cómplices

El apartado tercero del precepto 172 de la LC hace referencia a la figura del cómplice. A este respecto, cabe reseñar que el artículo 166 de la LC indica que estos son aquellas personas que, mediando dolo o culpa grave, hubiesen cooperado con el deudor o con sus representantes legales, o bien con los administradores, liquidadores o con los apoderados generales de las personas jurídicas, a llevar a término cualquier acto que haya fundado la culpabilidad del concurso. De esta manera, son dos los requisitos que se exigen para que se pueda apreciar la complicidad: de un lado, que el cómplice haya actuado o cooperado de forma importante o relevante en la realización de actos tendentes a fundamentar la calificación de culpabilidad del concurso de acreedores y, de otro lado, que dicha cooperación haya sido realizada mediando dolo o culpa grave. Por otra parte, es importante mencionar que además del primer requisito, es imprescindible que en la actuación llevada a cabo por la persona (natural o jurídica)⁴⁹ que pueda ser declarada cómplice se constate su voluntariedad, es decir, que exista ánimo de defraudar o una connivencia con el sujeto concursado en el acto o conducta que ha

⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L, 2018, pág. 3.

⁴⁶ Así lo hace el TS en el FJ 2 de su Sentencia, de 18 de julio de 2017, Ar. 3382.

⁴⁷ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 148.

⁴⁸ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 151.

⁴⁹ Como ha declarado la Sentencia del JPI de Guadalajara, de 2 de junio de 2016, Ar. 1577, en el FJ 11.

supuesto la calificación culpable del concurso. Asimismo, estos actos de cooperación pueden ser anteriores o posteriores a la declaración de concurso.⁵⁰

En cuanto a cómo responde el cómplice, el art. 172 de la LC es claro al indicar, en su apartado segundo tercer punto, que este sujeto (al igual que los afectados por la calificación de culpabilidad) será condenado a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa, además de que será condenado a devolver los bienes o derechos que hubiese obtenido de forma indebida del patrimonio de la sociedad deudora o que hubiera recibido de la masa activa y, por último, será condenado a indemnizar los daños y perjuicios causados.⁵¹ En último lugar, este mismo artículo preceptúa que la sentencia que califique el concurso como culpable condenará a aquellos cómplices que no ostenten la condición de acreedor a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

IV.3.- Pronunciamientos de la sentencia de calificación

En relación con el art. 163 de la LC, el art. 172 de la LC preceptúa que la sentencia declarará el concurso como culpable o, por el contrario, como fortuito. Además, dispone que ante la culpabilidad del concurso, se deberá expresar en la sentencia las causas que hayan motivado dicha calificación.

Asimismo, el art. 172 de la LC establece los pronunciamientos que se deben realizar en la sentencia de calificación, es decir, las consecuencias que conlleva dicha calificación. De esta forma, en primer lugar, se declara que en la sentencia se deberá determinar las personas afectadas por tal calificación, incluyendo los cómplices. El legislador ha seguido la misma lógica o criterio en este punto en relación con el art. 164 de la LC para determinar qué personas pueden ser afectadas por la calificación de culpabilidad en relación a una persona jurídica. Antes de analizar el siguiente pronunciamiento que deberá hacer la sentencia, se dispone que no será de aplicación la presunción de culpabilidad que se establece en el art. 165.2 de la LC a aquellos administradores que hubiesen recomendado la recapitalización en atención a la existencia de una causa razonable, independientemente de que la recomendación hubiera sido rechazada por los socios.

En segundo lugar, se dispone que las personas afectadas por tal calificación quedarán inhabilitadas para la administración de bienes ajenos y la representación de cualquier persona durante un período de 2 a 15 años, atendiendo a la gravedad de los hechos, a la entidad del perjuicio causado y a la declaración de culpabilidad en otros procedimientos

⁵⁰ Todo lo anterior ha sido declarado por el TS en el FJ 2 de su Sentencia, de 27 de enero de 2016, Ar. 25, y ratificado por el FJ 6 de la Sentencia del TS, de 29 de marzo de 2017, Ar. 1323.

⁵¹ Ello queda reafirmado por el FJ 8 de la Sentencia de la AP de Vizcaya, de 19 de febrero de 2014, Ar. 183565, al afirmar que *“la condena de reintegrar y la de daños y perjuicios es acumulativa y no solo va dirigida a la persona afectada por la calificación sino que también alcanza al cómplice”* y, por ende, confirma la condena a los cómplices a perder cualquier derecho que tuvieran como acreedores del concurso o de la masa y a pagar de forma solidaria con los afectados por la calificación de culpabilidad a la masa activa una determinada cantidad de euros, así como una también determinada cantidad a los créditos contra la masa abonados a consecuencia de las extinciones de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso.

concursoales.⁵² Existe una salvedad que opera cuando estemos ante un convenio y cuando la misma sea solicitada por la administración concursal, en la cual la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o bien como administrador la sociedad concursada.

En tercer y último lugar, la sentencia que estime la culpabilidad del concurso deberá determinar la pérdida de cualquier derecho si fueran acreedores concursales o de la masa para las personas afectadas por tal calificación, así como para los cómplices. Asimismo, aquellos serán condenados a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido de forma indebida del patrimonio del deudor o de la sociedad o que hubieran recibido de la masa activa, además de a indemnizar los daños y perjuicios que hubieran causado.

Por último, el apartado cuarto establece el recurso de apelación contra la sentencia a disposición de aquellos que han sido parte de la pieza de calificación.

Por otra parte, en el año 2011 se introdujo un nuevo precepto en la LC, el art. 48 *ter*, que hace referencia al embargo de bienes. El mismo establece que el juez del concurso puede adoptar, desde la declaración de concurso de la sociedad, la medida cautelar consistente en el embargo de bienes y derechos de los administradores (y de cargos similares, incluso de los que lo hubieran sido durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso) cuando se presuma que la sentencia de calificación determinará el concurso como culpable, quedando dichas personas condenadas a cubrir el déficit que resulte de la liquidación.⁵³

La jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que deben concurrir cuatro requisitos para que sea posible adoptar esta medida cautelar de embargo preventivo, y las mismas son las siguientes: en primer lugar, que el auto de declaración de concurso haya sido ya dictado, pues dicho momento es el que se tiene en cuenta para que sea posible adoptar esta medida de embargo preventivo; en segundo lugar, que exista la posibilidad fundada de que el concurso vaya a ser calificado como culpable; en tercer lugar, que también se dé la posibilidad fundada de que la masa activa sea insuficiente para pagar las deudas de la sociedad; y en cuarto lugar, que la solicitud de embargo preventivo sea contra los administradores de la sociedad o los liquidadores de la misma, sean de hecho o de derecho, o hayan desempeñado esos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad en cuestión. Sin embargo, estos requisitos mencionados deben complementarse con otros dos que se contienen en los arts. 721 a 729 de la LEC a propósito de las medidas cautelares: por un lado, *fumus boni iuris*; y por otro lado, *periculum in mora*. Mientras que el primero de ellos se refiere a que el solicitante de dicha medida cautelar debe justificar su aplicación en atención a la previsibilidad de que el concurso sea declarado culpable, el segundo de ellos hace

⁵² Si se da este último supuesto, dicho artículo indica que el período de inhabilitación será el total de la suma de cada uno de ellos.

⁵³ Cabe destacar que el embargo se llevará a término en la cuantía que el juez estime oportuno. Además, el embargo de bienes y derechos podrá ser sustituido por aval de entidad de crédito si así lo propone el interesado.

referencia a que el solicitante debe argumentar la necesidad y urgencia de la adopción de la medida cautelar.⁵⁴

Un ejemplo de embargo preventivo lo encontramos en la Sentencia del JM de Bilbao, de 29 de enero de 2016, Ar. 87987, donde en el FJ 4 se explica que por Auto de 30 de abril de 2013 se acordó el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores sociales ante, mínimo, dos infracciones tendentes a declarar el concurso como culpable: el retraso en la solicitud del concurso de acreedores y la falta de colaboración de los administradores con la administración concursal.

V.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

En este apartado nos centraremos en analizar la responsabilidad civil de los administradores sociales cuando el concurso sea declarado culpable, es decir, qué acciones pueden interponerse contra los mismos cuando el concurso sea culpable y a qué quedarán condenados.

V.1.- Calificación del concurso como culpable

Uno de los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores sociales es la apreciación de culpabilidad del concurso de acreedores de una sociedad.

La calificación del concurso de acreedores, que constituye la sección sexta del proceso concursal, se erige como una de las más importantes del mismo, por las consecuencias que conlleva la calificación de culpabilidad. Podemos mencionar que la finalidad ideal de la calificación del concurso es dilucidar cuál es la situación que ha producido el concurso y su porqué, cuándo se puede fechar esa situación, determinar si existe algún responsable debido a una actuación no diligente y, por último, de declararse el concurso culpable qué consecuencias jurídicas llevan aparejada la valoración jurídica que se haga. Todo ello a consecuencia de que el fracaso de una empresa repercute a toda la sociedad, pues la empobrece.⁵⁵ A pesar de su importancia, debemos destacar que la apertura de la sección de calificación del concurso no siempre se da en todos los concursos de acreedores, sino que la misma se reserva a modo de sanción para cuando hayan ocurrido conductas especialmente dañinas para la sociedad o para los acreedores.⁵⁶

El art. 167 de la LC que encabeza el Capítulo II de la Ley, referido a la sección de calificación, versa acerca de la formación de la sección sexta. En este precepto se indica que la sección de calificación se ordenará en la resolución judicial por la que se apruebe bien el convenio, bien el plan de liquidación de la sociedad, o bien en la que se ordene la liquidación de la sociedad atendiendo a las normas legales supletorias. Como excepción a ello, podemos mencionar que el mismo artículo establece que ante la

⁵⁴ Como ha establecido el FJ 1 del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 14 de octubre de 2015, Ar. 2541.

⁵⁵ PASTOR MARTÍNEZ, E., “Impugnación de actos dispositivos a través de la calificación concursal”, Diario La Ley, Nº 9207, 2018, págs. 1-13 (pág. 2).

⁵⁶ PASTOR MARTÍNEZ, E., 2018, pág. 3.

aprobación judicial de un convenio que acuerde una espera inferior a tres años o una quita inferior a un tercio del importe de los créditos, no procederá la formación de esta sección, salvo cuando el convenio sea incumplido. Asimismo, si se debe proceder a la reapertura de la sección sexta debido a un incumplimiento del convenio o a una imposibilidad de cumplimiento del mismo, se deberán determinar las causas y las responsabilidades derivadas de dicho incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento.⁵⁷

Podemos comprobar que el articulado sobre la calificación del concurso⁵⁸ ha sido actualizado, es decir, no se mantiene en su redacción original (a excepción del precepto sobre la figura del cómplice). A este respecto, el artículo 165 de la LC referente a las presunciones de culpabilidad del concurso de acreedores fue modificado en el año 2015,⁵⁹ debido a que su redacción anterior era confusa en cuanto a que no quedaba claro que la única diferencia entre este artículo y su inmediatamente anterior reside en que mientras el art. 164 de la LC establece los supuestos por los que directamente se decreta la culpabilidad del concurso de acreedores, el art. 165 de la LC recoge las presunciones (de carácter *iuris tantum*) de culpabilidad. Por ende, la nueva redacción responde únicamente a una modificación aclaratoria del precepto.⁶⁰

Los concursos se calificarán como fortuitos o como culpables, y dicha calificación no resulta vinculante para los jueces y los tribunales del orden jurisdiccional penal que consideren que las actuaciones del deudor son susceptibles de ser constitutivas de delito.⁶¹ No obstante, sí tienen incidencia. Es decir, al menos los hechos probados en la sentencia de calificación sí vinculan a aquellos.

V.1.1.- Culpa automática

El art. 164 de la LC reviste mucha importancia debido a que se refiere a los supuestos en los que el concurso se calificará, de forma automática, como culpable.

En este caso, el primero de los apartados dispone que el concurso se calificará como culpable cuando el deudor (o sus representantes legales, o los administradores, o los liquidadores o los apoderados generales de la persona jurídica, del momento de declaración del concurso o de los dos años anteriores a dicha, así como los socios de la sociedad) haya incurrido en dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia.⁶² Esta infracción la podemos relacionar con el deber de diligencia que pesa sobre los administradores sociales.

⁵⁷ Así lo ha manifestado el Alto Tribunal en el FJ 7 de su Sentencia, de 13 de abril de 2016, Ar. 1493.

⁵⁸ Es decir, el art. 163 y ss de la LC.

⁵⁹ A través de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁶⁰ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El incumplimiento de los deberes contables en la calificación del concurso”, Revista de Derecho Mercantil, Nº 67, 2018, págs. 1-4 (pág. 2 y 3).

⁶¹ Como dicta el art. 163 de la LC, al igual que lo hacía el anterior art. 163.2 de la LC de 2003.

⁶² Sobre la limitación temporal que se establece, el TS ha declarado (en el FJ 1 y 2 de su Sentencia, de 24 de octubre de 2017, Ar. 4687) que la misma se refiere al elemento subjetivo, no al objetivo. Es decir, ese límite de dos años hace referencia a la persona susceptible de ser considerada afectada por la calificación de culpabilidad, y no a la conducta o conductas que puedan ser determinantes a la hora de calificar el concurso como culpable, pues no existe límite temporal común para ello (excepto algunos casos).

El segundo de los apartados del precepto, por su parte, se ha redactado del siguiente modo: “[e]n todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos”. Por ello, podemos decir que ante una de estas situaciones directamente se declarará que el concurso es culpable, sin que quepa prueba en contrario.

Es decir, la diferencia entre el apartado primero y segundo del artículo es que mientras que el primer apartado exige que las conductas hayan generado o agravado la insolvencia de la sociedad, los supuestos que recoge el apartado segundo son suficientes para que el concurso se califique como culpable, independientemente de si estas conductas, dolosas o culposas de forma grave, han generado o agravado la insolvencia de la sociedad⁶³

Así, el concurso será calificado como culpable cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya llevado a cabo una incorrecta contabilidad,⁶⁴ esto es, “*el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil. (...) Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad.*”⁶⁵ Por lo que la existencia de un error o falsedad en determinados apuntes en la contabilidad no lleva aparejado directamente que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad concursada.⁶⁶

Por ejemplo, que en una sociedad de prestación de servicios durante tres ejercicios económicos consecutivos (anteriores a la entrada en concurso por la sociedad) se contabilicen facturas por unos servicios que nunca fueron prestados constituye la conducta tipificada por este artículo.⁶⁷ Esta infracción la podemos relacionar con el deber de diligencia, ya que los administradores no han actuado como unos ordenados empresarios como ha declarado el TS.⁶⁸

- b) Cuando exista inexactitud grave en alguno de los documentos de solicitud de declaración de concurso o cuando los mismos sean falsos. Poniendo un ejemplo de este caso, la omisión de un activo de la empresa en el inventario del concurso de acreedores (a consecuencia de una inexactitud grave de la información que se

⁶³ Así lo ha aclarado el TS en el FJ 2 de su Sentencia, de 24 de octubre de 2017, Ar. 4687; y en el FJ 31 de la STS, de 27 de octubre de 2017, Ar. 4824.

⁶⁴ En cuanto a este supuesto, cabe poner de manifiesto que se erige como una de las principales causas que desembocan en la calificación de culpabilidad de un concurso de acreedores (junto con el retraso en la solicitud del concurso de acreedores), tal y como se explica en el artículo de GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 bis”, Revista de Derecho Mercantil, Nº 48, 2017, págs. 1-5 (pág. 4).

⁶⁵ Como ha establecido el TS en el FJ 31 de su Sentencia, de 27 de octubre de 2017, Ar. 4824.

⁶⁶ Extraído del FJ 3 de la Sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 20 de junio de 2016, Ar. 189248.

⁶⁷ Como se da el caso en la Sentencia del TS, de 24 de octubre de 2017, Ar. 4687.

⁶⁸ En el FJ 16 de su Sentencia, de 14 de octubre de 2010, Ar. 8866.

suministra al concurso) y su posterior venta durante la tramitación del concurso ha servido de fundamento para declarar el concurso de acreedores de la sociedad Lurable Productos de Madera, S.L.⁶⁹ Esta infracción la podemos relacionar con el deber de diligencia, pues se considera que incurrir en esto supone haberse llevado a cabo una actuación negligente por parte del administrador societario.

- c) Cuando a consecuencia del incumplimiento del convenio sea declarada de oficio la apertura de la fase de liquidación del concurso. En el caso que se estudia en el FJ 6 de la Sentencia del JPI de Guadalajara, de 2 de junio de 2016, Ar. 1577, no se ha llevado a término a ni siquiera el primero de los pagos que establece el Plan de Pagos ni tampoco ha sido convocada la Junta General a la que se refiere aquel por el administrador de la sociedad. Esta vulneración estaría relacionada con el deber de diligencia de los administradores de la sociedad en el desempeño de su cargo.
- d) Cuando haya existido un alzamiento de bienes perjudicando a los acreedores o cuando se realice cualquier acto que dificulte, retrase o impida la eficacia de un embargo. Esta infracción está relacionada con el deber de diligencia que les es exigido a los administradores de la sociedad.
- e) Cuando hayan salido del patrimonio del deudor bienes y derechos durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.⁷⁰ A este respecto, cabe destacar que la jurisprudencia ha declarado que *“la salida fraudulenta que exige el art. 164.2.5º LC no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener el deudor de ocasionar un perjuicio a los acreedores.”*⁷¹ Al hilo de ello, los tribunales han desestimado que la venta de unos bienes por un precio inferior a su valor real constituya esta infracción, pues no se acredita que haya sido un acto consciente y volitivo de querer dañar por parte de los administradores sociales.⁷²
- f) Cuando se haya creado una situación patrimonial ficticia a través de algún acto jurídico de forma previa a la fecha de declaración de concurso. Esta infracción la podemos relacionar directamente con el deber de lealtad de los administradores sociales. El caso que se nos presenta en la Sentencia del TS, de 5 de abril de 2018, Ar. 1417, sobre una empresa concursada en la que la plantilla trabaja para otra empresa, de forma que la facturación de la concursada se realiza con la emisión de facturas y abonos sin respaldo alguno en operaciones reales y con el objetivo de retrasar el pago del IVA. Así, las anulaciones de las facturas se llevan a cabo en fechas en las que se permite reducir el importe del IVA y retrasar su pago, generando una situación patrimonial ficticia al distorsionar los ingresos de la sociedad concursada y el resultado de sus actividades.

⁶⁹ Tema tratado en el FJ 1 de la Sentencia del TS, de 17 de septiembre de 2015, Ar. 3799.

⁷⁰ La diferencia entre este supuesto y su inmediatamente anterior radica en que el elemento de fraude en la salida de bienes o derechos de este supuesto se relaciona con el precepto 1291.3 del CC, a propósito de la acción rescisoria por fraude, como ha aclarado la AP de Zaragoza, en el FJ 4 de su Sentencia, de 12 de junio de 2018, Ar. 256122.

⁷¹ Así lo ha aclarado el TS en el FJ 4 de su Sentencia, de 22 de abril de 2016, Ar. 2409.

⁷² Como podemos ver en el FJ 8 de la Sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 17 de mayo de 2016, Ar. 1286.

V.1.2.- Culpa presunta

Por su parte, existen en la ley unas presunciones de culpabilidad que, a diferencia del precepto anterior, ostentan el carácter *iuris tantum*, de forma que las mismas pueden quedar desvirtuadas por el propio administrador demandado.⁷³ El art. 165 de la LC establece que las presunciones de culpabilidad son las de a continuación:

- a) Que no se haya solicitado la declaración de concurso. En este caso, este precepto constituye una norma complementaria a la contenida en el art. 164.1 de la LC, pues en palabras del Alto Tribunal: “[c]ontiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción *iuris tantum* (...) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia”.⁷⁴ El mismo tribunal ha estimado, en el FJ 32 de su Sentencia, de 27 de octubre de 2017, esta presunción de culpabilidad al comprobar que la sociedad concursada no podrá cumplir con sus obligaciones exigibles desde dos años antes de la solicitud de declaración de concurso. Esta infracción la podemos relacionar con el deber de diligencia, pues supone una conducta negligente no solicitar la declaración de concurso de una sociedad cuando la misma procede, como así lo ha considerado el TS.⁷⁵
- b) Que no se haya colaborado ni con el juez del concurso ni con la administración concursal, que no se haya facilitado información necesaria para el interés concurso del concurso de acreedores, o que no se haya asistido a la junta de acreedores cuando su participación fuera necesaria para adoptar un convenio. Esta falta de colaboración deberá consistir en un “*incumplimiento trascendente, que afecte al normal desarrollo del concurso, debe estar acreditada y ser apta para agrava la insolvencia*”.⁷⁶ A este respecto, el TS ha manifestado⁷⁷ que no se podrá apreciar este supuesto en caso de que la sociedad no haya presentado los documentos que se exigen en la solicitud de declaración de concurso, ya que ello ya está tipificado por el art. 164.2.1º de la LC. Esta infracción la podemos relacionar con el deber de diligencia, debido a que su vulneración podría considerarse una conducta negligente por parte de los administradores societarios.
- c) Cuando, estando obligado a la llevanza de la contabilidad, no se hayan observado las obligaciones relacionadas con las cuentas anuales, como por ejemplo, someterlas a auditoría. Al hilo de ello, la jurisprudencia ha declarado que en este supuesto, es necesario concretar, además de probar la relación causal de esta conducta y la causación o agravación de la insolvencia de la sociedad concursada, “*ya que se está ante una infracción de orden formal del deber de contabilidad, sin*

⁷³ En este caso, para que quede desvirtuada la presunción de culpabilidad no es suficiente con que el demandado niegue que con su acto o actuación ha agravado la insolvencia de la sociedad como ocurre en el caso analizado en el FJ 3 de la Sentencia de la AP de Vizcaya, de 29 de julio de 2016, Ar. 233169, sino que el tribunal ha decretado que el demandado debe aportar alguna prueba que soporte su afirmación.

⁷⁴ Así se ha expresado el TS en el FJ 32 de su Sentencia, de 27 de octubre de 2017, Ar. 4824.

⁷⁵ En el FJ 3 de su Sentencia, de 14 de marzo de 2008, Ar. 4052.

⁷⁶ Como ha recordado en el FJ 8 de la Sentencia de la AP de Girona, de 10 de marzo de 2016, Ar. 805.

⁷⁷ En el FJ 24 de la Sentencia del TS, de 3 de noviembre de 2016, Ar. 5199.

el alcance material que implica la inobservancia del deber de solicitar el concurso.”⁷⁸ Es decir, esta falta de diligencia no prevé que exista un nexo causal directo que permita incoar la acción individual de responsabilidad por daños.⁷⁹ Esta vulneración, al igual que la anterior, la podemos relacionar con el deber de diligencia, como ha establecido el TS en relación a la falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.⁸⁰

- d) Cuando se hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos como consecuencia de la negativa sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles.⁸¹

V.2.- Responsabilidad civil de los administradores sociales en caso de concurso culpable

A continuación, explicaremos las acciones de responsabilidad que existen para actuar contra los administradores de la sociedad en caso de concurso culpable.

V.2.1.- Acción de responsabilidad por daños

Dentro de la acción de responsabilidad por daños contra los administradores societarios se encuentran dos acciones diferenciadas: la acción de responsabilidad social y la acción de responsabilidad individual. La función de este régimen de responsabilidad por daño es la de cuidar de que los administradores societarios cumplan con los deberes y con las obligaciones sociales inherentes a su cargo, con la diligencia que les es exigida, de manera que ante la producción de un daño por parte de aquellos a la sociedad que administran los mismos quedarán obligados a resarcirlo.⁸²

La diferencia entre ambas acciones radica en que mientras que en el caso de la acción social el patrimonio dañado es el de la sociedad, en el caso de la acción individual es el patrimonio propio del acreedor de la sociedad el que ha resultado perjudicado.⁸³ En las siguientes líneas explicaremos las particularidades de cada una de estas dos acciones.

V.2.1.1.- Acción de responsabilidad social contra los administradores de la sociedad concursada (arts. 236 a 240 de la LSC)

La acción de responsabilidad social por daños cabe en los supuestos de concurso de acreedores calificado como culpable cuando a raíz de un acto o actuación negligente por parte de los administradores sociales de una determinada sociedad se produce un daño en el patrimonio social.

⁷⁸ Como podemos comprobar en el FJ 6 de la Sentencia del JPI de Logroño, de 14 de julio de 2016, Ar. 1582.

⁷⁹ Como se ha dispuesto en el FJ 10 de la Sentencia de la AP de Madrid, de 18 de mayo de 2018, Ar. 214814.

⁸⁰ En el FJ 3 de su Sentencia, de 14 de marzo de 2008, Ar. 4052.

⁸¹ A este respecto, debemos acudir al art. 172.2.1ª *in fine* de la LC, que exonera de responsabilidad a aquellos administradores que hubiesen recomendado la recapitalización a tenor de causa razonable, a pesar del rechazo posterior de los socios.

⁸² Así lo ha explicado la Sentencia de la AP de Burgos, de 4 de febrero de 2016, Ar. 39189, en el FJ 2.

⁸³ Así queda recogido en el FJ 2 de la Sentencia del JM de Oviedo, de 23 de octubre de 2018, Ar. 34511; en el FJ 3 de la Sentencia de la AP de Navarra, de 29 de julio de 2016, Ar. 18008; así como en el FJ 5 de la Sentencia del TS, de 14 de marzo de 2007, Ar. 1793.

Los presupuestos para incoar esta acción en el concurso culpable son los siguientes: en primer lugar, que exista un comportamiento activo o pasivo de los administradores de la sociedad; en segundo lugar, que dicho comportamiento sea imputable al órgano de administración de la sociedad; en tercer lugar, que la conducta del administrador social sea antijurídica, bien por vulnerar la Ley, bien por conculcar los estatutos o por no ajustarse al patrón de diligencia que le es exigido en el desempeño de su cargo, siempre que haya mediado dolo o culpa;⁸⁴ en cuarto lugar, que la sociedad sufra un daño; y, por último, en quinto lugar, que exista una relación de causalidad entre la conducta llevada a cabo por el administrador societario y el daño sufrido por la sociedad.⁸⁵ Poniendo un ejemplo, todos los presupuestos se cumplen para poder interponer la acción social de responsabilidad por daños en el caso analizado en la Sentencia del JPI de Guadalajara, de 2 de junio de 2016, en la que la administración concursal solicita la calificación de culpabilidad del concurso de acreedores de la sociedad AVICU S.A. En este caso, la administración concursal también solicita, entre otras cosas, que los administradores societarios sean condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados en el patrimonio de la sociedad a tenor de salidas fraudulentas de bienes de la empresa concursada.

En cuanto a la legitimación para interponer esta acción durante la tramitación del concurso, el art. 48 *quárter* de la LC indica que la legitimación pertenece en exclusiva a la administración concursal. La consecuencia principal de promover la acción social de responsabilidad o de renunciar a esta es la siguiente: los administradores sociales afectados por aquella serán destituidos de su cargo. Conviene destacar que en cuanto a esta acción social de responsabilidad la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad no lleva consigo ni el impedimento para ejercitar la acción, ni tampoco la renuncia a la acción ya ejercitada o ya acordada. La legitimación pasiva, en cambio, la ostentan los administradores de la sociedad, pues contra ellos se interpone esta acción de responsabilidad por daños.

Por su parte, la carga de la prueba en esta acción de responsabilidad, siguiendo lo establecido por el art. 217.2 de la LEC, recae sobre el demandante, es decir, sobre la sociedad o sobre la administración concursal, dependiendo del momento en que se ejercite la misma.⁸⁶ Es decir, la sociedad o la administración concursal deberán acreditar que la conducta o acto negligente de los administradores sociales ha ocasionado un daño

⁸⁴ El TS es claro al afirmar, en el FJ 3 de su Sentencia, de 11 de diciembre de 2015, Ar. 5440, que: “[t]ampoco es óbice a la exigencia de responsabilidad la alegación de que la actuación del administrador recurrente no haya sido “dolosa”. Para que el administrador sea responsable del daño causado a la sociedad no es necesario que su actuación sea dolosa, basta con que se haya tratado de una acción voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que el daño haya sido efectivamente causado, como ha ocurrido en este caso. Y en todo caso, no es necesario que exista un ánimo específico de causar daño a la sociedad, como parece desprenderse de las alegaciones del recurrente.”

⁸⁵ Estos son los requisitos para que la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales prospere a tenor del TS, como ha establecido en el FJ 3 de su Sentencia, de 10 de mayo de 2017, Ar. 2190. En el mismo sentido se pronuncia la AP de A Coruña, en el FJ 3 de su Sentencia, de 7 de noviembre de 2017, Ar. 308481.

⁸⁶ GARCÍA TORRES, M. L., “Aspectos civiles y penales de la acción de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades de capital”, La Ley Penal, Nº 120, 2016, págs. 1-17 (pág. 8).

al patrimonio de la sociedad, como ocurre en el caso analizado por el JPI de Guadalajara, en el cual la administración concursal emite informe en el que acredita que a pesar de que la empresa concursada a realizado pagos a favor de otra mercantil, la primera no ha obtenido contraprestación alguna como estaba previsto. No obstante, existen en la ley⁸⁷ unas causas de exoneración de la culpa en la cual son los administradores sociales los que deben probar su existencia, y las mismas son las siguientes: que los administradores prueben que no habiendo intervenido en la adopción o ejecución de los acuerdos o actos lesivos, desconocían su existencia. O que a pesar de ser conocedores de tal extremo, hubieran realizado todo lo conveniente para evitar el daño, o al menos que se opusieran de forma expresa a dicho acuerdo o acto lesivo productor del daño.⁸⁸ Asimismo, también pueden ser objeto de utilización por los administradores contra esa acción de responsabilidad las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las personales, como recoge el art. 1148 del CC, y también las personalísimas.⁸⁹ Lo que podemos inferir de ese régimen de exoneración de la culpa previsto por el art. 237 de la LSC es que el legislador societario ha incluido la doctrina del TS en relación con la «*willful blindness*» o «ignorancia deliberada» por la cual ya no quedan absueltos de toda culpa aquellos administradores que no intervienen en la adopción o la ejecución del acto, además de la posible coautoría o participación de los administradores societarios en un régimen de comisión por omisión previsto en el precepto 11 del CP.⁹⁰ Así, el TS ha argumentado que el administrador de una filial no queda exonerado de la responsabilidad por el daño a consecuencia de que la decisión de traspasar la clientela de dicha filial a otra el grupo sea de la persona que dirige el grupo de sociedades y no del administrador social demandado, pues “[e]l administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de “obediencia debida” a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.”⁹¹

En relación al plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales, tiene un plazo de prescripción aparejado de 4 años a contar desde el día en que dicha acción haya podido ejercitarse.⁹² El artículo que regula esto fue introducido en la LSC en el año 2014 mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Anteriormente, únicamente disponíamos de lo regulado por el CCom que,

⁸⁷ Más concretamente, en el art. 237 de la LSC.

⁸⁸ Por su parte, el art. 236.2 de la LSC deja claro que no será causa de exoneración de la culpa el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general de la sociedad.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “Cómo opera la responsabilidad solidaria del representante con el administrador persona jurídica”, Diario La Ley, N° 9304, 2018, págs. 1-8 (pág. 3).

⁹⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., 2018, pág. 8.

⁹¹ Extraído del FJ 3 de la STS, de 11 de diciembre de 2015, Ar. 5440.

⁹² Como indica el precepto 241 *bis* de la LSC.

en su art. 949,⁹³ también establece el plazo de prescripción de 4 años de las acciones que puedan ejercerse contra los administradores societarios; no obstante, el *dies a quo* varía. En este caso, el CCom dispone que ese plazo comienza a contar “*desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración*”. Existe una única excepción a esa regla: cuando la producción del daño se produzca después del cese del administrador societario, el momento a tener en cuenta para el *dies a quo* será el de la producción del daño, no el cese del administrador de la sociedad.⁹⁴ En suma, debemos aclarar que la regla de prescripción que prevalece para ejercitar las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios es la contemplada en la LSC, y esta podemos entenderla como una incorporación a la legislación societaria de la regla general del art. 1969 del CC,⁹⁵ que dispone que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones comienza a partir del día en que pudieron ejercitarse, sin perjuicio de que exista otra disposición especial que determine otro plazo.

La condena que impone esta acción de responsabilidad a los administradores sociales es la relativa a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio de la sociedad a consecuencia de sus actos o actuaciones negligentes. El art. 237 de la LSC remarca el carácter solidario de esta responsabilidad, de forma que la responsabilidad recae sobre la totalidad de los administradores, a excepción del cumplimiento de alguna de las causas tasadas en dicho precepto de exoneración de responsabilidad. Siguiendo con el caso que venimos estudiando en relación a esta acción, los administradores sociales de AVICU S.A. han sido condenados (de forma solidaria junto a otras sociedades) a indemnizar más de 5 millones de euros en concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad que administran. Dicha cifra responde a la cuantía de las salidas patrimoniales fraudulentas.

Por último, en cuanto al momento en el que puede ser ejercida la acción social de responsabilidad, la misma puede ser durante el periodo de liquidación de la sociedad, al igual que en caso de quiebra de la sociedad, puesto que, como hemos aclarado anteriormente, la acción social de responsabilidad tiene como objetivo conseguir el resarcimiento de los daños ocasionados a la sociedad por los acuerdos o actos lesivos o dañinos de sus administradores sociales.⁹⁶

V.2.1.2.- Acción de responsabilidad individual contra los administradores de la sociedad concursada (art. 241 de la LSC)

La acción individual de responsabilidad por daños ostenta el mismo objeto que la acción de responsabilidad social: cabe en los supuestos de concurso de acreedores calificados como culpables cuando a consecuencia de un acto o actuación negligente por parte de

⁹³ Este artículo se mantiene en vigor en la actualidad.

⁹⁴ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “¿El cese de facto en el ejercicio del cargo por los administradores societarios, conocido por el acreedor, determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cuatro años contemplado en el artículo 949 del Código de Comercio?”, Boletín de Mercantil, N° 8, 2008, págs. 1-2 (pág. 1).

⁹⁵ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad de los liquidadores”, Revista de Derecho Mercantil, N° 31, 2015, págs. 1-4 (pág. 1).

⁹⁶ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág.405, 407 y 408.

los administradores sociales de una determinada sociedad se produce un daño; sin embargo, en este caso, el daño se produce en el patrimonio de los socios o acreedores de la sociedad.

Por lo tanto, los presupuestos para incoar esta acción en el concurso culpable son los mismos que los exigidos para la acción social, con alguna diferencia como ha indicado la jurisprudencia: “*i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.*”⁹⁷ De esta manera, en el ejemplo que encontramos en la Sentencia del TS, de 22 de diciembre de 2014, Ar. 6885, se ejercita la acción individual de responsabilidad contra los administradores de la sociedad REDESA. Las circunstancias que rodean este caso es que los acreedores han sufrido un daño en su patrimonio, pues a consecuencia de la situación patrimonial aparente que los administradores sociales crearon, aquellos siguieron contratando con la mercantil sin recabar especiales garantías para prevenir el riesgo del incumplimiento de sus créditos por parte de esta. Asimismo, los administradores sociales también incurrieron en el incumplimiento de los deberes de la llevanza de la contabilidad y la formulación de las cuentas anuales de la sociedad.

Debemos poner de manifiesto que en numerosas ocasiones la jurisprudencia ha delimitado el ámbito de esta acción de responsabilidad, extendiéndose únicamente a los comportamientos llevados a cabo por los administradores societarios en nombre y representación de la sociedad, esto es, los actos realizados en la esfera personal de los propios administradores de la sociedad no forman parte de esta acción de responsabilidad, sin perjuicio de que pueda exigirse responsabilidad extracontractual por estos últimos al amparo del art. 1902 del CC.⁹⁸

Respecto de la relación de causalidad que se exige, el TS recuerda que, con carácter general, no se puede recurrir a esta responsabilidad individual de los administradores sociales por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad que administran. Es decir, se erige como indispensable que se identifique correctamente la conducta del administrador societario a la que se imputa el daño creado al acreedor de la sociedad, así como que dicho daño sea directo (no pudiendo ser un daño indirecto debido a la

⁹⁷ Estos requisitos los ha establecido el TS en reiterada doctrina, como, por ejemplo, en el FJ 5 de la Sentencia, de 5 de mayo de 2017, Ar. 2391; en el FJ 3 de la Sentencia, de 18 de abril de 2016, Ar. 1342; y en el FJ 3 de la Sentencia, de 13 de julio de 2016, Ar. 3191. Ello también es mencionado en la Sentencia de la AP de Barcelona en el FJ 3 de su Sentencia, de 17 de enero de 2018, Ar. 37599; y en el FJ 5 de la Sentencia del JM de Palma de Mallorca, de 4 de octubre de 2016, Ar. 244203.

⁹⁸ Así lo reconoce el FJ 2 de la Sentencia de la AP de Pontevedra, de 19 de diciembre de 2014, Ar. 38043.

insolvencia de la sociedad).⁹⁹ De ese modo, dicho tribunal ha declarado que esta acción no procede cuando la conducta antijurídica del administrador societario ha ocasionado un detrimento patrimonial a la sociedad que administra y que ello repercute de forma indirecta en la pérdida de valor de las acciones o participaciones de los socios o accionistas y en la imposibilidad de pagar las deudas sociales a sus acreedores.¹⁰⁰ En el ejemplo antes señalado, el TS ha argumentado en el FJ 26 que “[l]a relación de causalidad en este caso, (...), viene determinada porque la conducta ilícita de los administradores privó a los acreedores demandantes de una información que les hubiera permitido adoptar medidas con las que evitar o aminorar el riesgo de impago de los créditos que surgirían por los suministros que le eran requeridos para la campaña de Navidad 2004/2005.” Por lo que sí existe la relación de causalidad necesaria para que la acción prospere.

En relación a la legitimación tanto activa como pasiva, nos remitimos a lo dispuesto en el apartado anterior a propósito de la acción social de responsabilidad por daños.

En cuanto a la carga de la prueba, el Alto Tribunal ha manifestado que, sobre la relación de causalidad, la carga de la prueba recae directamente en el administrador societario demandado, mientras que el demandante únicamente deberá realizar un esfuerzo argumentativo mínimo del daño que se le ha causado a consecuencia de la actuación negligente del administrador societario.¹⁰¹

Respecto del plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad por daños, nos remitimos a lo expuesto en relación a la acción social de responsabilidad.

La condena que impone esta acción individual de responsabilidad a los administradores sociales es la misma que la que impone la acción social, es decir, los administradores sociales quedan obligados a indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados, en este caso, al patrimonio del acreedor o del socio a consecuencia de sus actos o actuaciones negligentes. El art. 237 de la LSC remarca el carácter solidario de esta responsabilidad, de forma que la responsabilidad recae sobre la totalidad de los administradores, a excepción del cumplimiento de alguna de las causas tasadas en dicho precepto de exoneración de responsabilidad. La condena que la AP de Barcelona (y que ha confirmado el TS) ha impuesto a los administradores sociales en el ejemplo que estamos analizando es a la indemnización de 145.244,9 €, que responden al 40% del importe total de los créditos que se reclaman (sin embargo, de ese 40% los administradores responden por el 80%, mientras que los auditores se hacen cargo del restante 20%).¹⁰²

El precepto que recoge esta acción hace hincapié en que las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros de la sociedad a consecuencia de

⁹⁹ Ello lo podemos encontrar recogido en el FJ 3 de la Sentencia del TS, de 18 de abril de 2016, Ar. 1342. Y así lo reafirma la AP de A Coruña, en el FJ 3 de su Sentencia, de 18 de diciembre de 2017, Ar. 31131.

¹⁰⁰ Así lo declara el TS en el FJ 4 de su Sentencia, de 13 de febrero de 2019, Ar. 559.

¹⁰¹ Así queda establecido en el FJ 3 de la Sentencia del TS, de 18 de abril de 2016, Ar. 1342; y en el FJ 2 de la Sentencia del JM de Oviedo, de 23 de octubre de 2018, Ar. 34511.

¹⁰² Como puede comprobarse en el FJ 12 *in fine* de la Sentencia de la AP de Barcelona, de 24 de enero de 2013, Ar. 55795.

los actos llevados a cabo por los administradores societarios que lesionen directamente los intereses de aquellos no se verán perjudicadas por la incoación o el ejercicio de esta acción individual de responsabilidad, es decir, quedarán a salvo.

V.2.2.- Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad (art. 367 de la LSC)

Esta responsabilidad, que se trata de una responsabilidad civil *ex lege* de carácter sancionatorio,¹⁰³ se define en la legislación como “*responsabilidad solidaria de los administradores*” y se configura como personal, solidaria e ilimitada, de modo que la responsabilidad afecta a la totalidad del patrimonio de los administradores sociales.¹⁰⁴

Debemos ser insistentes en que el proceso concursal conlleva la suspensión del ejercicio de esta acción, como hemos mencionado en uno de los apartados anteriores.

La acción de responsabilidad por deudas ostenta la siguiente doble función: de un lado, desincentivar la asunción de nuevas obligaciones contractuales por parte de la sociedad incurso en una situación delicada; y, de otro lado, incentivar la disolución o la solicitud de la declaración de concurso de la sociedad cuando se esté ante una causa legal que la motive, ya que en caso de que la sociedad siga desempeñando su actividad social con un patrimonio mucho menor al de su capital social y se presuma que el mismo no es suficiente para atender sus obligaciones sociales, serán los administradores de dicha sociedad los que deberán responder, de forma solidaria, de todas las obligaciones sociales que se originen con posterioridad (independientemente de la naturaleza de esas obligaciones).¹⁰⁵

Los presupuestos de responsabilidad que establece esta acción de responsabilidad por deudas exige el cumplimiento de una serie de requisitos,¹⁰⁶ que se muestran a continuación: en primer lugar, la existencia de una deuda social (la deuda que se reclama mediante esta acción), ya que se trata de una acción reservada a los acreedores de la sociedad; en segundo lugar, que el sujeto demandado sea el administrador societario de la sociedad deudora; en tercer lugar, que concurra una de las causas de disolución de la sociedad del art. 363 de la LSC; en cuarto lugar, que dicho administrador haya omitido su deber de promover el trámite de disolución y liquidación de la sociedad en cuestión, es decir, cuando los mismos no cumplan con la obligación o el deber de convocar la junta general para la adopción del acuerdo de disolución en el plazo de dos meses o con el deber de solicitar la disolución judicial o el concurso de la sociedad si procediera, también en el plazo de dos meses, a contar desde el día fijado para la junta general y la misma no se haya celebrado, o desde el día de celebración de la junta general cuando el acuerdo adoptado sea contrario a la disolución; en quinto lugar, la imputabilidad al administrador societario de su conducta pasiva; en sexto lugar, que la omisión del administrador no se sustente en alguna causa justificadora; y, por último, en séptimo lugar, la responsabilidad que encarna esta acción hace referencia a

¹⁰³ De esta forma lo considera el FJ 1 de la Sentencia del JM de Murcia, de 27 de septiembre de 2018, Ar. 1950.

¹⁰⁴ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 414.

¹⁰⁵ Así lo expresa el FJ 1 de la Sentencia del JM de Murcia, de 27 de septiembre de 2018, Ar. 1950.

¹⁰⁶ Como ha remarcado la AP de Barcelona en el FJ 4 de su Sentencia, de 17 de enero de 2018, Ar. 37599 y la SJM de Murcia, de 27 de septiembre de 2018, Ar. 1950, en su FJ 1.

que los administradores sociales quedarán obligados a responder solidariamente de las obligaciones sociales que surjan de forma posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad.¹⁰⁷ Por ejemplo, atendiendo a lo analizado por la Sentencia de la AP de Vizcaya, de 31 de marzo de 2014, Ar. 184374, los trabajadores de la sociedad Muebles Rústica S.A. reclaman a los administradores sociales el pago de una determinada cantidad, que responde a la deuda contraída por la sociedad tras el despido declarado nulo de aquellos trabajadores, en relación con la responsabilidad por deudas sociales y en atención al art. 363.1 d) de la LSC, pues en la sociedad existían pérdidas que dejaban reducido el patrimonio social en una cifra inferior a la mitad del capital social durante los ejercicios 2008, 2009 y 2010, y sin haber sido convocada por los administradores social la junta general para debatir la disolución de la mercantil en los dos meses siguientes a la concurrencia de esa circunstancia.

Al hilo del último requisito exigido, vemos que la regulación societaria ha variado. Hace unos años, el cese de los administradores marcaba la responsabilidad de los mismos. Años más tarde, en 2005,¹⁰⁸ se estableció que la responsabilidad solidaria de los administradores sociales prevista en el art. 262.5 de la LSA, en el art. 105.5 de la LSRL, y en el actual art. 367 de la LSC, en relación con el deber de solicitar la declaración de concurso, se extendería a las obligaciones sociales posteriores contraídas tras la aparición de la causa legal de disolución de la sociedad. Asimismo, dichos artículos especifican que se presumirá que las obligaciones sociales que se reclamen sean posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución; sin embargo, dicha presunción ostenta el carácter *iuris tantum*, puesto que los administradores están facultados para acreditar que dichas obligaciones son de fecha anterior. En relación a la fecha de existencia o aparición de la causa legal de disolución, la jurisprudencia ha aclarado que es aquella fecha en la que se contrae la obligación, con total independencia de la fecha de vencimiento de la misma.¹⁰⁹ En el caso que analizamos, el TS argumenta (confirmando la resolución de la AP de Vizcaya) que *“el derecho de crédito a la indemnización por despido no nace con el contrato de trabajo. La contraprestación a la prestación de los servicios laborales es el salario (...), mientras que la indemnización por despido nace una vez que el mismo es declarado judicialmente improcedente y la empresa opta por la no readmisión (...). En el caso de autos, el nacimiento de la obligación indemnizatoria tuvo lugar cuando la sociedad estaba ya en causa legal de*

¹⁰⁷ Sin embargo, el TS ha resumido los presupuestos para establecer cuándo nace la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en el FJ 3 de su Sentencia, de 1 de marzo de 2017, Ar. 676: *“(i) cuando concurre una causa de disolución y no cuando nace la deuda, aunque tal deuda origine posteriormente la causa de disolución por pérdidas (luego el administrador contra el que se dirige la acción no puede ser el que ostentaba el cargo cuando se produjo la deuda, sino el que lo ostentaba cuando se produjo la causa de disolución y no cumplió los deberes de promover la disolución); (ii) no se haya convocado la Junta en el plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o cualquier otro para restablecer el equilibrio patrimonial; y (iii) ni se haya solicitado la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde aquella fecha.”*

¹⁰⁸ A través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

¹⁰⁹ Así se establece en el FJ 3 de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 4 de octubre de 2016, Ar. 244203.

disolución.”¹¹⁰ En relación con este supuesto, el Alto Tribunal aclara, asimismo, que el hecho de que las deudas que se reclaman sean laborales y no comerciales no supone impedimento alguno para la condena solidaria de los administradores societarios, ya que el precepto 367 de la LSC se refiere a las deudas en general.¹¹¹

Por su parte, la legitimación activa y pasiva, al igual que anteriormente, la ostenta la administración concursal y los administradores sociales, respectivamente.

En cuanto a la carga de la prueba, a diferencia de lo que ocurre en las anteriores acciones de responsabilidad, se invierte, de forma que son los administradores sociales los que deben acreditar, para que queden exonerados de esta responsabilidad, que la deuda social es anterior a la aparición de la causa legal de disolución de la sociedad.¹¹² Por ejemplo, en el caso visto en la Sentencia del TS, de 1 de marzo de 2017, Ar. 676, el administrador social acredita que la deuda social no es posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad del que es administrador, de forma que la sentencia condenatoria es revocada por el TS. Ya que en este caso, la obligación contractual asumida por la sociedad se produjo mucho tiempo antes de la aparición de la causa legal de disolución. Asimismo, los administradores de la sociedad cesados en su cargo tampoco son responsables de las obligaciones contraídas tras dicho cese, pero sí de las anteriores.¹¹³

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad es el mismo que se establece para la acción social e individual de responsabilidad por daños, como así lo ha reconocido el TS,¹¹⁴ a pesar de que la doctrina se encontraba dividida en cuanto a la aplicación de este plazo a la responsabilidad por deudas de la sociedad.¹¹⁵

Por otra parte, en este tipo de responsabilidad, los administradores sociales quedarán condenados a responder solidariamente de las obligaciones sociales que surjan de forma posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad. Así, siguiendo el ejemplo anterior, los administradores sociales de Muebles Rústica S.A. son condenados al pago de 133.831,14€ (más intereses), de forma solidaria, a los tres trabajadores despedidos, pues la deuda contraída por aquellos con los actores es posterior a la aparición de la causa legal de disolución de la sociedad.

En suma, en relación a las diferencias entre esta acción de responsabilidad y la acción de responsabilidad civil ordinaria (acción social e individual de responsabilidad por daño), en primer lugar debemos destacar que su objeto no es la indemnización de los daños y perjuicios causados, sino la deuda contraída, y que no se exige que el daño causado sea directo.¹¹⁶ También debemos mencionar que en este caso estamos ante una

¹¹⁰ Como se puede comprobar en el FJ 2 de la STS, de 18 de julio de 2017, Ar. 3382.

¹¹¹ En el FJ 2 *in fine* de la STS, de 18 de julio de 2017, Ar. 3382.

¹¹² GARCÍA TORRES, M. L., 2016, pág. 8.

¹¹³ Como deja claro el TS en el FJ 2 *in fine* de su Sentencia, de 18 de junio de 2009, Ar. 4321.

¹¹⁴ En el FJ 2 de su Sentencia, de 10 de mayo de 2017, Ar. 2190.

¹¹⁵ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “La prescripción de las acciones”, 2015, pág. 2.

¹¹⁶ Así lo remarca el FJ 1 de la Sentencia del JM de Murcia, de 27 de septiembre de 2018, Ar. 1950.

responsabilidad de carácter objetivo.¹¹⁷ Además, otra de las grandes diferencias de esta responsabilidad respecto de las analizadas anteriormente es que en este caso no se erige como requisito *sine qua non* la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de la convocatoria de la junta general o de la solicitud de disolución judicial o del concurso de acreedores en el plazo establecido por ley y el perjuicio o daño originado en el patrimonio del acreedor de la sociedad. Por contrario, el único requisito para que se pueda ejercitar esta acción de responsabilidad es el incumplimiento antes citado de los administradores.¹¹⁸

VI.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX ART. 172 BIS DE LA LC

La acción de responsabilidad contra los administradores sociales que regula la LC es la llamada acción concursal de responsabilidad o acción de responsabilidad por el déficit entre activo y pasivo, y se encuentra en el art. 172 *bis* de la LC. Esta última responde a la particularidad o la peculiaridad del concurso de acreedores, en tanto el carácter que reviste, a pesar de ser una responsabilidad civil.

Anteriormente, la regulación de esta responsabilidad se encontraba en el art. 172.3 de la LC; sin embargo, posteriormente, a través del art. único. 99 la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se decidió incluir en el nuevo art. 172 *bis* de la LC.

Cabría preguntarnos si esta responsabilidad hace referencia a una responsabilidad resarcitoria (o por daño) o más bien a una responsabilidad-sanción. Esta cuestión ha generado siempre confusión, la doctrina nunca ha mantenido una única posición al respecto,¹¹⁹ es por ello que el TS ha aclarado que aunque en un principio (cuando esta responsabilidad se recogía en el art. 172.3 de la LC) se trataba de una responsabilidad por deuda ajena, por lo que su naturaleza la podíamos asemejar a la responsabilidad por obligaciones sociales;¹²⁰ tras la modificación y la inclusión del art. 172 *bis* de la LC, se ha introducido un nuevo régimen de responsabilidad concursal, que responde a un carácter resarcitorio.¹²¹

El presupuesto que se exige por la LC para poder interponer esta acción de responsabilidad es el siguiente: la conducta de los administradores sociales que ha determinado la calificación de culpabilidad del concurso de acreedores haya bien generado o bien agravado la insolvencia de la sociedad cuando la sección de calificación hubiera sido formada así como reabierta debido a la apertura de la fase de liquidación. Es decir, esta responsabilidad solo actúa cuando el concurso ha sido calificado como culpable. En la Sentencia del JM de Bilbao, de 29 de enero de 2016, la

¹¹⁷ Tal y como la califica la Sentencia de la AP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2017, Ar. 301224, en su FJ 3.

¹¹⁸ MOYA JIMÉNEZ, A., 2015, pág. 414.

¹¹⁹ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “¿La responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores societarios por el déficit patrimonial del artículo 172.3 de la Ley Concursal, es una responsabilidad por daño de naturaleza sancionadora?”, Boletín de Mercantil, Nº 1, 2008, págs. 1-2 (pág. 1).

¹²⁰ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación...”, 2017, pág. 1.

¹²¹ Ello lo encontramos en el FJ 4 de la Sentencia del TS, de 12 de enero de 2014, Ar. 609.

Administración Concursal, en el informe que emite, solicita que, además de que el concurso se califique como culpable en atención a la salida fraudulenta de bienes y al alzamiento de bienes de la sociedad concursada (entre otras cuestiones), que los administradores sociales (el cesado y el actual) sean condenados a responder solidariamente de la totalidad de la cuantía que adeuda la sociedad concursada, es decir, que estos respondan a tenor de esta responsabilidad.

El apartado segundo de este art. 172 *bis* de la LC establece que la legitimación para solicitar la ejecución de la condena de los administradores sociales la ostenta la administración concursal. Y excepcionalmente, lo estarán los acreedores que hayan instado de forma escrita a aquella para solicitar su ejecución si la administración concursal no lo hubiere realizado dentro del mes siguiente al requerimiento. La legitimación pasiva, en cambio, la ostentan los administradores sociales, al igual que los liquidadores, o apoderados generales y determinados socios.

A continuación, detallaremos las dos cuestiones que diferencian esta responsabilidad civil de la responsabilidad civil ordinaria tratada anteriormente.

En primer lugar, en cuanto a la condena de responsabilidad, esta responsabilidad tiene como fin cubrir el déficit, de forma parcial o total, en la medida en la que la conducta de los administradores sociales que ha determinado la calificación de culpabilidad del concurso de acreedores haya bien generado o bien agravado la insolvencia de la sociedad cuando la sección de calificación hubiera sido formada, así como reabierto debido a la apertura de la fase de liquidación. Es decir, en este caso la responsabilidad no se centra en la indemnización de los daños y perjuicios causados a la sociedad por parte de los administradores sociales como ocurre con la responsabilidad civil ordinaria. Asimismo, en caso de que la reapertura se dé a consecuencia de un incumplimiento del convenio y ya se hubiera calificado el concurso como culpable, el juez del concurso tendrá en cuenta, para la fijación de la condena al déficit del concurso de acreedores, los hechos declarados probados en la sentencia de calificación, al igual que los hechos determinantes para la reapertura del concurso. También debemos destacar que cuando exista una pluralidad de condenados por este motivo, la sentencia individualizará la cantidad que cada condenado deba satisfacer en atención a la participación en los hechos que han determinado la culpabilidad del concurso.¹²² En el caso que estamos estudiando sobre esta responsabilidad, el fallo de la sentencia, tras calificar el concurso como culpable, condena al administrador social cesado a la cobertura del 90% del total del déficit concursal, mientras que el administrador actual es condenado en el restante 10%. De esta forma, el Juzgado de lo Mercantil ha considerado oportuno que el déficit concursal sea cubierto por los administradores societarios en su totalidad. La diferencia de cantidades en la condena se debe a que las infracciones se produjeron mientras el administrador cesado ostentaba el cargo de administrador; sin embargo, cuando el nuevo administrador asumió el cargo se opuso a la solicitud de declaración de concurso, cuando era necesaria dicha actuación.

¹²² Todo ello queda establecido de esta forma en el apartado primero del art. 172 *bis* de la LC.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, como vemos en la redacción del artículo, el juez directamente no condenará a todos los administradores, sino que el precepto reza así: “*el juez podrá condenar a todos o a alguno de los administradores (...)*”. De esta forma, el TS entendió que la responsabilidad concursal no es una consecuencia automática de la calificación de culpabilidad en el concurso de acreedores, sino que era necesaria una justificación añadida para poder establecer la responsabilidad concursal de un administrador de la sociedad¹²³ que, como ya hemos indicado, hace referencia a la gravedad objetiva y la participación en tal calificación del administrador societario afectado.¹²⁴ Es decir, en este caso, no se exige que exista una relación de causalidad entre la conducta llevada a término por los administradores societarios y la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad, sino que se exige “*que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique.*”¹²⁵ Sobre este extremo, podemos decir que a pesar de que los administradores sociales realicen, por ejemplo, un acto que pueda ser constitutivo de una infracción contable tipificada en el art. 164.1.2º de la LC, si la misma no tiene repercusión en la generación o bien agravación del estado de insolvencia de la sociedad, podríamos estar ante el caso de que exista una sentencia de calificación de culpabilidad y que los administradores sociales no estén condenados a la cobertura del déficit de la sociedad. En definitiva, la posible condena a la cobertura del déficit y la posible fijación del importe de la condena vendrá determinada, por tanto, por la incidencia que tenga la conducta de los administradores sociales en la generación o agravación del estado de insolvencia.¹²⁶ Podemos mencionar que en el caso del art. 165.1.3º de la LC, sobre la presunción de culpabilidad por la incorrecta contabilidad de la sociedad, debido a la dificultad que supone acreditar que ese comportamiento está directamente relacionado con la generación o agravación de la insolvencia.¹²⁷

Respecto todo lo anterior, podemos resaltar lo establecido por el TS en repetida jurisprudencia: “*Esta jurisprudencia, desde la sentencias número 644/2011, de 6 de octubre, ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit giraba en torno a tres consideraciones:*

i) La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.

ii) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, consistentes en que la formación o

¹²³ Ello lo encontramos en el FJ 3 de la Sentencia del TS, de 12 de enero de 2014, Ar. 609.

¹²⁴ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación...”, 2017, pág. 1.

¹²⁵ Como establece el Alto Tribunal en el FJ 11 de su Sentencia, de 9 de junio de 2016, Ar. 2335.

¹²⁶ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación...”, 2017, pág. 5 y GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El incumplimiento...”, Revista de Derecho Mercantil, N° 67, 2018, págs. 3 y 4.

¹²⁷ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El incumplimiento...”, Revista de Derecho Mercantil, N° 67, 2018, pág. 4.

reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable (...).

iii) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.”¹²⁸

Para terminar, dentro de esta responsabilidad existe otro debate relativo a la aplicación temporal del art. 172 *bis* de la LC. El mismo hace referencia a si el art. 172 *bis* de la LC goza de retroactividad respecto de los supuestos anteriores a la entrada en vigor de ese artículo debido a que su introducción en el articulado de la legislación concursal solo es una modificación puramente interpretativa del régimen anterior (es decir, del régimen del art. 172.3 de la LC); o por el contrario, si dicho precepto no goza de retroactividad y, por tanto, únicamente resulta aplicable el art. 172 *bis* de la LC a los nuevos supuestos por tratarse de una verdadera y auténtica modificación del régimen.¹²⁹ A este respecto, el TS ha reiterado en los últimos años que nos encontramos ante un “*nuevo régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes a los que establecía la anterior normativa*”,¹³⁰ por ende, el régimen establecido por el art. 172 *bis* de la LC no puede aplicarse retroactivamente a los supuestos anteriores a la entrada en vigor de este artículo; únicamente resulta de aplicación a los supuestos posteriores.

¹²⁸ Extraído del FJ 11 de la Sentencia del TS, de 9 de junio de 2016, Ar. 2335.

¹²⁹ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación...”, 2017, pág. 2.

¹³⁰ Así lo establece el TS en el FJ 4 de su Sentencia, de 12 de enero de 2014, Ar. 609.

VII.- CONCLUSIONES

Después de haber analizado la cuestión de la responsabilidad de los administradores sociales en el concurso culpable, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Existen dos responsabilidades civiles que se pueden exigir en el concurso culpable a los administradores sociales a consecuencia de un acto o actuación negligente en su cargo: la responsabilidad ordinaria y la responsabilidad *ex art. 172 bis* de la LC. En ambos casos, la legitimación activa durante el procedimiento concursal la ostenta la administración concursal.
2. Durante el procedimiento concursal, las acciones civiles de exigencia de responsabilidad frente a los administradores sociales son perfectamente susceptibles de ejercitar (y también son acumulativas, pues cada acción responde a unos supuestos de hecho totalmente distintos), a excepción de la acción de responsabilidad por deudas, en cuyo caso, el proceso concursal conlleva la suspensión de su ejercicio.
3. El nivel de diligencia de los administradores sociales en la gestión de la sociedad que administran es el parámetro empleado para calificar el concurso como culpable o fortuito, de manera que una actuación negligente por parte de aquellos supone la calificación como culpable del concurso de acreedores. Una de las obligaciones exigidas a los administradores sociales a tenor de este deber de diligencia en la gestión es la solicitud de declaración de concurso en el plazo previsto por ley cuando sea necesario.
4. Los concursos de acreedores son calificados como fortuitos o como culpables. Los supuestos de culpabilidad que existen en la legislación son de dos tipos: automáticos y presuntos. Dichas presunciones pueden quedar desvirtuadas, ya que son presunciones de carácter *iuris tantum*, de forma que el concurso ya no sería calificado como culpable en atención a aquellas, sino fortuito.
5. En relación a las acciones civiles de responsabilidad frente a los administradores sociales, la acción de responsabilidad por daños (que se encuentra regulada por la LSC) se divide en dos acciones en función del patrimonio dañado: la social y la individual. En este caso, ambas acciones responden a la causación de un daño en el patrimonio (social o de un acreedor) a consecuencia de una actuación negligente por parte de los administradores sociales (es decir, es necesaria una relación causal), de manera que la condena impuesta a los mismos es la indemnización de daños y perjuicios causados.
6. La acción de responsabilidad por deudas contra los administradores sociales (también regulada por la LSC), por su parte, es personal, solidaria e ilimitada. Esta acción no es susceptible de ser ejercida durante el procedimiento concursal. Por su parte, no se exige nexo causal alguno, así como tampoco es necesaria la existencia de un daño directo. La condena a los administradores sociales por esta acción consiste en responder solidariamente de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad.

7. Por último, la acción de responsabilidad *ex art. 172 bis LC* se erige como la particularidad del proceso concursal y, como decimos, está regulada por la LC, no por la LSC como las anteriores. En este caso, se trata de una acción de carácter resarcitorio, y su objeto no es otro que sancionar las conductas o actos negligentes de los administradores sociales que han determinado la calificación de culpabilidad del concurso de acreedores que hayan generado o agravado la insolvencia de la sociedad cuando la sección de calificación hubiera sido formada así como reabierta debido a la apertura de la fase de liquidación. La condena que conlleva la estimación de esta acción supone, por consiguiente, que los administradores societarios quedan obligados a cubrir el déficit de la sociedad, de forma total o parcial, individualizando la condena a cada administrador social en función de su grado de implicación en dicha conducta o acto. Así, esta acción de responsabilidad no exige la existencia de un nexo causal, es decir, la responsabilidad concursal no es una consecuencia automática de la calificación de culpabilidad en el concurso de acreedores; sí exige, en cambio, la existencia de una justificación añadida para poder establecer la responsabilidad concursal de un administrador de la sociedad que hace referencia a la gravedad objetiva y la participación en tal calificación del administrador societario afectado.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

ASENJO RODRÍGUEZ, E., “El deber de lealtad del administrador y su contenido”, *La Ley mercantil*, Nº 44, 2018, págs. 1-21.

BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S., “*Gobierno Corporativo y derecho penal*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C., “Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital (1)”, *La Ley mercantil*, Nº 53, 2018, págs. 1-27.

GARCÍA TORRES, M. L., “Aspectos civiles y penales de la acción de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades de capital”, *La Ley Penal*, Nº 120, 2016, págs. 1-17.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Dos problemas de calificación a consecuencia de la introducción del vínculo causal en el art. 172 *bis*”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 48, 2017, págs. 1-5.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “¿El cese de facto en el ejercicio del cargo por los administradores societarios, conocido por el acreedor, determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cuatro años contemplado en el artículo 949 del Código de Comercio?”, *Boletín de Mercantil*, Nº 8, 2008, págs. 1-2.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El incumplimiento de los deberes contables en la calificación del concurso”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 67, 2018, págs. 1-4.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad de los liquidadores”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 31, 2015, págs. 1-4.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “¿La responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores societarios por el déficit patrimonial del artículo 172.3 de la Ley Concursal, es una responsabilidad por daño de naturaleza sancionadora?”, *Boletín de Mercantil*, Nº 1, 2008, págs. 1-2.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa.”, *Boletín de Mercantil*, Nº 39, 2011, págs. 1-13.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Documentos. Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 26, 2017, págs. 1-19.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 10ª edición, Bosch, Barcelona, 2015.

PASTOR MARTÍNEZ, E., “Impugnación de actos dispositivos a través de la calificación concursal”, *Diario La Ley*, Nº 9207, 2018, págs. 1-13.

PULGAR EZQUERRA, J., “Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores (1)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 30, 2019, págs. 1-43.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “Cómo opera la responsabilidad solidaria del representante con el administrador persona jurídica”, *Diario La Ley*, Nº 9304, 2018, págs. 1-8.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Responsabilidad penal de los administradores. ¿Elusión por estructura jerárquica, encargos o delegación de funciones?”, *Diario La Ley*, Nº 9292, 2018, págs. 1-45.

ÚRIA MENÉNDEZ, “Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, Nº 75, 2015, págs. 1-17.

VÁZQUEZ CUETO, J.C., “Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas”, *Revista de Derecho*, Nº 21, 2016, págs. 75-103.

IX.- NORMATIVA

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. (Disposición derogada).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Disposición derogada).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Disposición derogada).

X.- JURISPRUDENCIA

X.1.-Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del TS, de 13 de febrero de 2019, Ar. 559.

Sentencia del TS, de 5 de abril de 2018, Ar. 1417,

Sentencia del TS, de 27 de octubre de 2017, Ar. 4824.

Sentencia del TS, de 24 de octubre de 2017, Ar. 4687.

Sentencia del TS, de 18 de julio de 2017, Ar. 3382.

Sentencia del TS, de 10 de mayo de 2017, Ar. 2190.

Sentencia del TS, de 5 de mayo de 2017, Ar. 2391.

Sentencia del TS, de 29 de marzo de 2017, Ar. 1323.

Sentencia del TS, de 1 de marzo de 2017, Ar. 676.

Sentencia del TS, de 3 de noviembre de 2016, Ar. 5199.

Sentencia del TS, de 13 de julio de 2016, Ar. 3191.

Sentencia del TS, de 9 de junio de 2016, Ar. 2335.

Sentencia del TS, de 22 de abril de 2016, Ar. 2409.

Sentencia del TS, de 18 de abril de 2016, Ar. 1342.

Sentencia del TS, de 13 de abril de 2016, Ar. 1493.

Sentencia del TS, de 27 de enero de 2016, Ar. 25.

Sentencia del TS, de 11 de diciembre de 2015, Ar. 5440.

Sentencia del TS, de 17 de septiembre de 2015, Ar. 3799.

Sentencia del TS, de 22 de diciembre de 2014, Ar. 6885.

Sentencia del TS, de 12 de enero de 2014, Ar. 609.

Sentencia del TS, de 4 de diciembre de 2013, Ar. 1835.

Sentencia del TS, de 14 de octubre de 2010, Ar. 8866.

Sentencia del TS, de 18 de junio de 2009, Ar. 4321.

Sentencia del TS, de 14 de marzo de 2008, Ar. 4052.

Sentencia del TS, de 14 de marzo de 2007, Ar. 1793.

X.2.- Sentencias de las Audiencias Provinciales

- Sentencia de la AP de Zaragoza, de 12 de junio de 2018, Ar. 256122.
- Sentencia de la AP de Madrid, de 18 de mayo de 2018, Ar. 214814.
- Sentencia de la AP de Barcelona, de 17 de enero de 2018, Ar. 37599.
- Sentencia de la AP de A Coruña, de 18 de diciembre de 2017, Ar. 31131.
- Sentencia de la AP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2017, Ar. 301224.
- Sentencia de la AP de A Coruña, de 7 de noviembre de 2017, Ar. 308481.
- Sentencia de la AP de Vizcaya, de 29 de julio de 2016, Ar. 233169.
- Sentencia de la AP de Navarra, de 29 de julio de 2016, Ar. 18008.
- Sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 20 de junio de 2016, Ar. 189248.
- Sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 17 de mayo de 2016, Ar. 1286.
- Sentencia de la AP de Girona, de 10 de marzo de 2016, Ar. 805.
- Sentencia de la AP de Burgos, de 4 de febrero de 2016, Ar. 39189.
- Sentencia de la AP de Pontevedra, de 19 de diciembre de 2014, Ar. 38043.
- Sentencia de la AP de Castellón, de 31 de marzo de 2014, Ar. 954.
- Sentencia de la AP de Vizcaya, de 31 de marzo de 2014, Ar. 184374.
- Sentencia de la AP de Valencia, de 20 de marzo de 2014, Ar. 940.
- Sentencia de la AP de Vizcaya, de 19 de febrero de 2014, Ar. 183565.
- Sentencia de la AP de Barcelona, de 24 de enero de 2013, Ar. 55795.
- Sentencia de la AP de Córdoba, de 26 de junio de 2012, Ar. 12839.
- Sentencia de la AP de Córdoba, de 7 de julio de 2008, Ar. 95813.

X.3.- Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del JPI de Logroño, de 14 de julio de 2016, Ar. 1582.
- Sentencia del JPI de Guadalajara, de 2 de junio de 2016, Ar. 1577.

X.4.- Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

- Sentencia del JM de Oviedo, de 23 de octubre de 2018, Ar. 34511.
- Sentencia del JM de Murcia, de 27 de septiembre de 2018, Ar. 1950.
- Sentencia del JM de Badajoz, de 25 de abril de 2018, Ar. 1147.

Sentencia del JM de Palma de Mallorca, de 4 de octubre de 2016, Ar. 244203.

Sentencia del JM de Murcia, de 22 de marzo de 2016, Ar. 84681.

Sentencia del JM de Bilbao, de 29 de enero de 2016, Ar. 87987.

X.5.- Autos de los Juzgados de lo Mercantil

Auto del JM de Barcelona, de 14 de octubre de 2015, Ar. 2541.