



FACULTAD DE DERECHO

# **RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN EL CONCURSO**

Autor: María Turiel Rey

Tutor: Bruno Martín Baumeister

Madrid

Junio, 2018



## **RESUMEN**

La responsabilidad concursal introducida en nuestro sistema desde 2003 ha sido un gran núcleo de controversias que implican importantes consecuencias prácticas tanto para los administradores como para los acreedores de una sociedad en concurso. El debate doctrinal y jurisprudencial ha girado principalmente en torno a dos cuestiones: su naturaleza jurídica y la coordinación con el resto de acciones previstas en la legislación societaria y concursal. Por ello, en este trabajo se realizará un recorrido por la doctrina y jurisprudencia de los últimos años y a lo largo de las últimas reformas, y se expondrá el estado de la cuestión en la actualidad, tanto los puntos en los que se ha ido alcanzando una opinión consensuada como las cuestiones que quedan por resolver.

Palabras clave: naturaleza jurídica, coordinación de acciones, responsabilidad concursal,

## **ABSTRACT**

Since first introduced in 2003, bankruptcy liability has become a spotlight for many controversies that entail relevant practical consequences for directors and creditors of a company that filed for bankruptcy. The doctrinal and jurisprudential debate has revolved mainly around two issues: Its legal nature and the coordination with the rest of the actions foreseen in the corporate and bankruptcy regulations. In order to do so, this study will conduct a review based on legal doctrine publications and case law disclosures throughout the latest reforms to display the state of the matter, both the points in which it has been reaching a consensus opinion as the issues that remain to be resolved.

Key words: legal nature, coordination of actions, bankruptcy liability

## Índice

<b>1. Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1. Doctrina.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1.1. Indemnizatoria.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1.2. Sancionadora.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1.3. Posiciones intermedias.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2. Jurisprudencia.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3. Situación actual.....</b>	<b>31</b>
<b>3. Coordinación con las distintas acciones de responsabilidad societaria en el concurso y distinción con la indemnización ex art. 172.2.3º LC.....</b>	<b>34</b>
<b>3.1. Acciones de responsabilidad societaria.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.1 Acciones de responsabilidad por daños.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.2. Acciones de responsabilidad por deudas.....</b>	<b>44</b>
<b>3.2. Acciones de responsabilidad concursal.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.1. Distinción con la indemnización por daños y perjuicios del 172.2.3º LC.....</b>	<b>49</b>
<b>4. Conclusión.....</b>	<b>51</b>
<b>5. Bibliografía.....</b>	<b>53</b>

## **ABREVIATURAS**

<b>AP</b>	Audiencia Provincial.
<b>AAP</b>	Auto Audiencia Provincial.
<b>ADCO</b>	Anuario de Derecho Concursal.
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico
<b>LC</b>	Ley Concursal
<b>LSC</b>	Ley de Sociedades de Capital.
<b>RDCP</b>	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
<b>RDL</b>	Real Decreto Ley
<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>TS</b>	Tribunal Supremo.

## **1. Introducción.**

La responsabilidad concursal es aquella ejercida frente al administrador social de las empresas declaradas en concurso, consistente en que si éste es calificado como culpable y el resultado de la liquidación de la masa activa es insuficiente para satisfacer a todos los acreedores concursales, el juez puede condenar a los administradores - entre otros sujetos- a responder, total o parcialmente, por ese déficit concursal.

La regulación sobre esta responsabilidad se enfrenta al problema jurídico basado en la fijación los límites entre el ejercicio de la libertad de empresa y la protección de los acreedores, tratando de mantener el equilibrio entre la conservación de la empresa y la tutela de los derechos de crédito.<sup>1</sup> Por un lado, la norma implica una grave consecuencia para el condenado como es la de responder con el propio patrimonio de las deudas de una sociedad, y por otro, constituye un instrumento esencial de protección de los créditos de los acreedores, los cuales pueden llegar a sufrir una gran merma en su cantidad a percibir por las quitas y esperas que el concurso puede conllevar. Así pues, la norma que la configura es una de las más controvertidas del derecho concursal, ya que el legislador no ha querido ser concreto en la materia, dejando un extenso margen a la interpretación que ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial. Asimismo, la regulación ha ido adquiriendo relevancia con el tiempo, no sólo por la gran cantidad de concursos que se han ido declarando en nuestro país como consecuencia de la crisis económica, sino también porque ha sido objeto de continuas modificaciones que han contribuido a fomentar y enriquecer el referido debate.

Dentro del amplio estudio que puede llevarse a cabo sobre esta responsabilidad, en este trabajo se abordarán fundamentalmente dos cuestiones: su naturaleza jurídica y su coordinación con el resto de acciones societarias exigibles. Respecto a la primera, como veremos, resulta determinante la última reforma que se ha llevado a cabo sobre la ley concursal<sup>2</sup>, si bien son importantes muchas consideraciones hechas previamente para ayudar a entender su encaje en la actualidad. Respecto a la segunda, será de mayor importancia la reforma llevada a cabo en 2011<sup>3</sup>, sin suponer las siguientes revisiones

---

<sup>1</sup> Marín de la Bárcena, F., “Responsabilidad concursal”, ADCo, 2013, nº 28, p. 104.

<sup>2</sup> Ésta es, RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

<sup>3</sup> Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

cambios de gran relevancia. Ambas cuestiones están además relacionadas, pues el encaje de la responsabilidad concursal dentro del marco de acciones exigibles dependerá en parte de la naturaleza que presente la misma.

Así pues, el legislador ha ido pronunciándose sobre estas cuestiones, ayudando a disipar la incertidumbre que genera aversión al necesario riesgo que debe tomarse en los negocios y disuade muchas veces de administrar un negocio bajo el pretexto de evitar condenas desproporcionadas con la capacidad restitutoria del administrador.<sup>4</sup> No obstante, como veremos, las reformas no están exentas de dudas y, si bien el debate se ha clarificado bastante en los últimos años, existen cuestiones que quedan todavía por resolver.

## **2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal.**

Esta responsabilidad se introdujo en nuestro sistema jurídico con la Ley 22/2003<sup>5</sup>, en la cual se estipulaba que ante el déficit concursal, si se daban determinados presupuestos, se podía acudir al patrimonio de los que fueron administradores de la sociedad en concurso para hacer frente a los créditos insatisfechos por no haber activos suficientes. Los presupuestos que debían darse eran la calificación culpable del concurso, que éste finalizara en liquidación y la existencia de un déficit.

Además, la condena por este tipo de responsabilidad no constituye una exigencia obligatoria del concurso culpable en ningún caso, correspondiendo al juez decidir sobre su establecimiento, alcance y contenido sin una discrecionalidad absoluta, ya que la posibilidad está sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos que hacen que sólo pueda ser impuesta en los casos que la regulación concursal entiende como más graves<sup>6</sup>

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad ha sido objeto de una permanente controversia que deriva en dos posiciones confrontadas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Existe un sector que considera que estamos ante una responsabilidad de carácter sancionador, frente a otro que considera que estamos ante una responsabilidad civil de carácter resarcitorio o indemnizatorio. El debate no es para nada trivial, pues del carácter otorgado a dicha responsabilidad se derivarán importantes

---

<sup>4</sup>Miralbell, L.M., “A vueltas con la responsabilidad concursal de los Administradores: ¿Cambio de criterio? (SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012)”, *Diario La Ley*, 2012, nº 7905, p.8.

<sup>5</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

<sup>6</sup> Martínez, M., “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº1, 2016, pp. 669 y 686.

consecuencias, tanto en su apreciación y aplicación por los tribunales como en la determinación de los efectos que provoca la declaración del concurso como culpable: De afirmarse que la naturaleza es indemnizatoria o resarcitoria, podría sostenerse que la exigibilidad de la misma implica la demostración de la existencia de dolo o culpa grave, por un lado, y de una relación causal entre el comportamiento del administrador y la insolvencia de la persona jurídica concursada (o el aumento de la misma). En cambio, sostener que es sancionador implica estar ante una responsabilidad objetiva y no causal, por lo que sería exigible sin necesidad de las anteriores demostraciones. Así pues, la naturaleza de esta responsabilidad habrá de determinar la necesidad o no de acreditar la relación de causalidad entre el hecho determinante de la culpabilidad y el déficit concursal, es decir, entre el acto antijurídico y el daño producido a los acreedores, lo que reduciría notablemente el perímetro de aplicación a los supuestos extremos<sup>7</sup>. Otra consecuencia práctica derivada de este debate constituirá el importe posible de la condena, ya que la responsabilidad indemnizatoria impediría que el importe de la condena excediera el límite del daño al patrimonio del concursado o a la colectividad de los acreedores<sup>8</sup>.

Así pues, la versión indemnizatoria es más garantista que la sancionadora, puesto que frente a la arbitrariedad exige un doble juicio de causalidad por el Tribunal: uno relativo al dolo o culpa grave de la conducta del administrador causante o agravante de a insolvencia, y otro relativo a la cuantificación del daño en relación a la conducta del administrador<sup>9</sup>.

Vemos por tanto que el debate no es un mero debate académico y dogmático sino que tiene una gran importancia práctica, la cual se ha puesto de relieve a medida que ha ido avanzando la crisis en España, que ha traído consigo la quiebra de un gran número de empresas, derivando en una creciente cantidad de procedimientos concursales donde juzgados y tribunales han ido oscilando de criterio, proporcionando una jurisprudencia muy dispar, y derivando en una indeseable inseguridad jurídica.

---

<sup>7</sup> Díaz Echegaray, J.L., “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, *ADCo*, nº 29, 2013, p.2.

<sup>8</sup> Marín de la Bárcena, F., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal:(comentario a la STS 1ª de 23 de febrero de 2011)”.”, *RDCP*, nº15, 2011, p.9.

<sup>9</sup> Miralbell, L. M., “Otra vez la responsabilidad concursal de los administradores: resurge en parte la polémica”, *Diario La Ley*, nº 7998, 2013, p. 2.

El origen de esta controversia doctrinal y jurisprudencial está, por una parte, en la amplia discrecionalidad concedida al juez por la norma, y por otra, en la configuración del precepto, tanto por la peculiar configuración del supuesto de hecho como en la contemplación únicamente de la consecuencia jurídica de pagar las deudas de la persona jurídica concursada, sin especificar la razón jurídica que justifica la misma <sup>10</sup>. El legislador no ha querido precisar cuál es la doctrina aplicable en las sucesivas reformas de la Ley concursal y el Tribunal Supremo ha mantenido una posición vacilante en esta materia, sin llegar a concretar y unificar los criterios a tener en cuenta.

Por ello, en este apartado se presentan las posturas doctrinales mayoritarias y se hará un recorrido por las tendencias históricas jurisprudenciales hasta la actualidad, a fin de determinar cómo ha ido evolucionando la cuestión y cómo está el debate en la actualidad.

## **2.1. Doctrina**

### **2.1.1. Indemnizatoria.**

Esta tesis es más garantista para el administrador concursal, pues la condena supone la exigencia de un nexo causal entre la conducta del administrador social y el daño generado al patrimonio social y, por consiguiente, a los acreedores que no han satisfecho sus créditos por insuficiencia de la masa activa liquidada<sup>11</sup>.

La postura indemnizatoria tiene un respaldo menor, distinguiéndose entre sus partidarios a Miralbell Guerin<sup>12</sup>, Martín Reyes<sup>13</sup>, González Cabrera<sup>14</sup>, Roncero Sánchez<sup>15</sup> o López Aparcero.<sup>16</sup> De lege ferenda, con el fin de conseguir la mayor seguridad sobre las

---

<sup>10</sup> Díaz Echegaray, J.L., ob. cit., p.2.

<sup>11</sup> Pardo, J.M., *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de las empresas en crisis*, Barcelona, 2015, p. 278-281.

<sup>12</sup> Miralbell, L. M., “Otra vez...”, ob. cit.; Miralbell, L.M., “A vueltas con la responsabilidad concursal de los Administradores: ¿Cambio de criterio? (SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012)”. *Diario La Ley*, 2012, nº 7905.

<sup>13</sup> Martín, R., “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *ADCo*, 2012, nº 26, pp.177-204.

<sup>14</sup> González, I., “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *RDCP*, 2011, nº 15, pp. 355-365.

<sup>15</sup> Roncero, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, *RDCP*, 2007, nº 7. P. 143-162

<sup>16</sup> López, A., “Claves de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa”. *Diario La Ley*, 2012, nº 7917.

actividades que pueden merecer reproche normativo, encontramos también autores como Moya y Ruiz.<sup>17</sup>

Todos ellos defienden esta postura en base a las siguientes consideraciones:

Frente a la interpretación sistemática sostenida por los partidarios de la tesis sancionadora relativa al 172.2.3º LC, éstos alegan que nada impide que ambas acciones compartan la naturaleza resarcitoria, toda vez que los daños contemplados por ambas sean distintos. Así, ambos pretenden el resarcimiento por los daños y perjuicios causados, no obstante, estos resarcimientos derivan de conductas distintas<sup>18</sup>: el 172.2.3º LC persigue los daños derivados de obtención indebida de los bienes o derechos pertenecientes a la masa activa, mientras que el 172.3 LC persigue los daños derivados de la conducta que provoca o agrava el estado de insolvencia. Además, la condena del 172.2.3 LC es obligatoria en caso de calificación culpable del concurso, mientras que en caso del 172 LC la condena depende de la agravación con dolo o culpa grave de la insolvencia de la sociedad<sup>19</sup>. Así pues, el artículo 172.3 no constituye una sanción derivada de la calificación culpable del concurso, sino la indemnización de un daño causado a los acreedores, cuando éste esté causalmente ligado a la conducta del administrador<sup>20</sup>.

Por otro lado, interpretan que la expresión “podrá condenar” es empleada para englobar la posibilidad de que tal responsabilidad no opere, lo que ocurriría toda vez que el concurso derivara en liquidación y calificación culpable, pero con masa activa suficiente<sup>21</sup>. Así, los defensores de esta postura proclaman que el término *podrá* es una clara referencia a la consideración del daño y su consiguiente imputación.<sup>22</sup> Además, proclaman que si existe esta posibilidad de condena, ello denota que la responsabilidad no opera de forma automática, como debería ser en caso de ser la responsabilidad sancionadora<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Moya, J., y Ruiz, M.C., “ La naturaleza jurídica especial de la responsabilidad concursal por el déficit a la luz de los criterios de imputación objetiva contenidos en el Artículo 172 bis de la Ley Concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 8, p. 7

<sup>18</sup> González, I., ob. cit., p.7

<sup>19</sup> Sin compartir esta tesis, señalado por Torrubia, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *RDM*, 2013, nº.287, p. 7.

<sup>20</sup> González, I., ob. cit., p.7

<sup>21</sup> González, I., ob. cit., p. 6.

<sup>22</sup> Martín, R., ob. cit., p.14

<sup>23</sup> González, I., ob. cit., p.8

Este último razonamiento enlaza con el argumento considerado por algunos autores como el más firme de esta postura<sup>24</sup>, y éste es el relativo al déficit como presupuesto necesario para que se dé dicha condena, lo que en último término se traduce en necesidad de haber provocado un daño para los acreedores. Así, defienden que el importe de la condena debe ajustarse al daño causado, de forma que si no hay daño, esta responsabilidad debería ser inexistente, mientras que si la responsabilidad fuese sancionadora, debería responderse por la totalidad de los créditos fallidos.<sup>25</sup> Además, de su aplicación únicamente en caso de liquidación también se infiere que no puede ser sancionadora, pues de ser así se aplicaría en cualquier caso donde se diera la calificación culpable, a fin de sancionar los comportamientos considerados reprochables por el legislador.<sup>26</sup>

Respecto a su coordinación con la responsabilidad societaria, también de naturaleza resarcitoria, este sector doctrinal alega que ésta está prevista para situaciones ajenas al procedimiento concursal, mientras que la concursal está adaptada a las circunstancias del concurso. Así pues, esta responsabilidad dista de ser innecesaria, más aún cuando el 172.2.3º LC, de cuya naturaleza indemnizatoria nadie duda, está completamente asentado.<sup>27</sup>

También están los que se decantan por esta postura simplemente por ser la más garantista para el administrador, con ánimo de apoyar la iniciativa frente al riesgo existente en el ámbito de la actividad empresarial, a través de la proporción de unas bases seguras sustentadas por la necesidad de justificación de la condena.<sup>28</sup> Así, resaltan la importancia del emprendimiento para el beneficio general de la comunidad, y por ello debe dársele el máximo de seguridad, la cual residiría en la necesidad de realizar no sólo primer juicio causal, relativo a la culpabilidad del concurso y que puede darse de forma automática, sino el segundo de los juicios causales, relativo a la cuantía de la condena.<sup>29</sup>

Asimismo, no entienden esta responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, sino que entienden que se da un tránsito de la condición de obligaciones de la sociedad concursada a la condición de crédito fallido, lo que conlleva la comisión de un daño al

---

<sup>24</sup> Marín de la Bárcena, F., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal:(comentario a la STS 1ª de 23 de febrero de 2011)”, *RDCP*, 2011, nº 15, p.8

<sup>25</sup> Morales, J., *La responsabilidad...*, ob. cit., p.219-220

<sup>26</sup> Pardo, J.M., ob. cit., p.280

<sup>27</sup> Morales, J., *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 217-219.

<sup>28</sup> Miralbell, L. M. “Otra vez...”, ob. cit., p. 8-9.

<sup>29</sup> Miralbell, L.M., “A vueltas...”, ob. cit., p. 9.

acreedor y, por consiguiente, la clasificación de esta responsabilidad como una responsabilidad por daño causado al acreedor, cuyo crédito ha pasado de ser un activo realizable a uno fallido.<sup>30</sup>

Otros indicios que denotan naturaleza indemnizatoria son el hecho de que el destinatario de la indemnización sea la sociedad, que es quien sufre el daño, y el hecho de que la responsabilidad sancionadora persigue el cumplimiento de obligaciones legales específicas, mientras que la resarcitoria persigue el cumplimiento de unos deberes generales, como es el caso<sup>31</sup>.

Igualmente, refuerzan su tesis en el derecho comparado, especialmente en el ordenamiento italiano, cuya “Legge Fallimentare” permite ejercer contra los administradores acciones de resarcimiento, y en el francés, cuya *action en comblement de passif* ha ido evolucionando hacia la postura indemnizatoria.<sup>32</sup>

En conclusión, defienden que se trata de una responsabilidad por culpa agravada, concretada en el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo y, como consecuencia de ello, la generación o agravación del estado de insolvencia; y una responsabilidad por daño, concretado en la insatisfacción de los créditos en la fase de liquidación, sin ser posible la sanción civil en un escenario donde tiene que justificarse el daño sufrido por los acreedores concursales. Así, solo si concurre la culpa agravada - a pesar de ser un régimen más benévolo que el societario- , el daño y el nexo causal, operará esta responsabilidad<sup>33</sup>.

### **2.1.2. Sancionadora.**

Este sector doctrinal aboga por el servicio a la función punitiva de esta responsabilidad, lo cual les llevaba a calificarla como una sanción civil derivada de un comportamiento doloso o gravemente culpable, causante de la generación o agravación de la insolvencia<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> López, A., ob. cit., p. 2.

<sup>31</sup> En Morales, J., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 223-224.

<sup>32</sup> Miralbell, L.M., “A vueltas con la responsabilidad...”, ob. cit., p.9-10.

<sup>33</sup> González, I., ob. cit., p 6., Morales, J., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp.208-224 ; Pardo, J. M., ob. cit., p. 281,

<sup>34</sup>Pardo, J.M., ob. cit., p. 278.

Son muchos los autores que se han decantado por esta tesis, bien de *lege lata* o bien de *lege ferenda*. Entre éstos nos encontramos a Beltrán Sánchez<sup>35</sup>, García-Cruces<sup>36</sup>, Quijano González<sup>37</sup>, Torrubia<sup>38</sup>, Ruiz, Barber<sup>39</sup>, Mendivil<sup>40</sup> y Morales Barceló<sup>41</sup>, entre otros. De *lege ferenda*, encontramos también autores como Martínez Muñoz<sup>42</sup>.

Por otra parte, los argumentos que han llevado a defender esta postura son diversos:

En primer lugar, esta tesis se apoya en una interpretación literal del precepto, pues la responsabilidad resarcitoria requiere una relación de causalidad no exigida por éste, entre la acción u omisión imputable al administrador y los daños generados por la misma<sup>43</sup>. Tampoco se refiere a la indemnización del daño causado, sino que dispone que cuando concurren los presupuestos el juez podrá condenar, y tras la claridad con la que se expresa en el precepto anterior, no tendría sentido la ausencia de estos presupuestos<sup>44</sup>. Por tanto, se trata de una previsión legal de responsabilidad por deudas exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho, empleando una técnica que evita el requisito de prueba de una relación de causalidad que en muchas ocasiones sería imposible de lograr<sup>45</sup>.

---

<sup>35</sup> Beltrán, E., “La responsabilidad concursal”, En García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra, 2012, pp. 227-247.

<sup>36</sup> García-Cruces, J.A., “La responsabilidad concursal”, En Rojo, A. y Beltrán, E. (Dirs.), *La Responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles*, 4ª edición, Valencia, 2011, pp. 305-365; García-Cruces, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, *ADCo*, 2013, nº 28, pp. 31-68.

<sup>37</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: De nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *RDCP*, 2009, nº 10, pp. 19-48.

<sup>38</sup> Torrubia, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *RDM*, 2013, nº.287, pp.211-236.

<sup>39</sup> Ruiz, P., Barber, L., *Cuestiones actuales sobre derecho concursal : responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago / III Congreso Concursal y Mercantil de Salamanca*, 1ª Edición, Navarra, 2014, pp. 49-65.

<sup>40</sup> Hernando, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria: Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 2013.

<sup>41</sup> Morales, J., *La responsabilidad...*, ob. cit.

<sup>42</sup> Martínez, M., ob. cit., pp. 694.

<sup>43</sup> Asenjo, E., “Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal”, En Campuzano, A.B., Rojo, A. (Dirs.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia (V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal)*, 1ª Edición, 2013, p.7.

<sup>44</sup> Morales, J., ob. cit., p. 258., Beltrán, E., “En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal”, *ADCo*, 2008, nº14, p. 10, Hernando, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria: Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2013, p.167 y ss.

<sup>45</sup> Beltrán, E., ob. cit., p. 8.

También se sustenta en argumentos basados en una interpretación sistemática, alegando que la Ley Concursal ya prevé una acción de responsabilidad de naturaleza indemnizatoria en su artículo 172.2.3º, por lo que carecería de sentido prever en la misma ley dos acciones para indemnizar un mismo daño <sup>46</sup>, siendo todavía más ilógico cuando ambas previsiones constituían dos supuestos de un mismo precepto<sup>47</sup> -pues el actual 172 bis LC era antes el 172.2.3 LC-. Esta redundancia no sólo se daría en la legislación concursal, sino en su coordinación con la legislación societaria ya que, como se verá más adelante, ésta ya prevé acciones con esta finalidad, provocando problemas de solapamiento y coordinación<sup>48</sup>. Así, una tercera vía de indemnización de un daño ya cubierto por la legislación concursal y societaria resultaría no sólo innecesaria sino beneficiosa para los administradores, que responderían sólo por dolo o culpa grave y de forma limitada al déficit concursal, aunque el daño causado fuese mayor<sup>49</sup>.

El anterior argumento se completa con otro lógico-sistemático: el deber de los administradores de reparar los daños causados persiste en el concurso a través de la acción social, por lo que si existe otra norma de responsabilidad que además agrava el presupuesto, no encaja si no es como una sanción que se añade a la ya existente<sup>50</sup>, razonando en sentido contrario, no tendría sentido permitir el ejercicio de la acción social de responsabilidad en el concurso si su finalidad ya estuviera cubierta por la responsabilidad concursal<sup>51</sup>. Así pues, con la reforma de la ley 38/2011, donde se establece la coordinación expresa con la legislación societaria, queda evidenciada la voluntad condenatoria<sup>52</sup>.

Asimismo, el carácter sancionador derivaba también de la estrecha relación con el artículo 367 LSC, pues no cabe diferenciar una responsabilidad objetiva por no solicitar la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello y, una vez instado el procedimiento concursal, admitir que dicha responsabilidad se transforme en subjetiva.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Pardo, J.M., ob. cit., p. 278.

<sup>47</sup> Torrubia, B., ob. cit., p. 8

<sup>48</sup> Asenjo, E., ob. cit., p. 3.

<sup>49</sup> Beltrán, E., ob. cit., p. 13

<sup>50</sup> Beltrán, E., ob. cit., p. 14

<sup>51</sup> Morales, J., ob. cit., p. 259.

<sup>52</sup> Torrubia, B., ob. cit., p. 9.

<sup>53</sup> González Cabrera, I., ob. cit., p. 5

Igualmente, se alega que la finalidad de esta responsabilidad es la satisfacción del déficit más que indemnizar el daño producido, el cual podría no coincidir con las deudas insatisfechas<sup>54</sup>, así como lograr objetivos de política legislativa como es el incentivo a la máxima diligencia de los administradores<sup>55</sup>. Además, detrás no hay sólo un el interés de orden privado sino también de orden público, como es el interés general de la seguridad del tráfico, mantener los puestos de trabajo, la continuidad de las empresas y el buen funcionamiento de la economía del país<sup>56</sup>. Si la finalidad fuera resarcir, no operaría sólo en el supuesto de liquidación y concurriendo dolo o culpa grave, pues nuestro sistema no reconoce estas limitaciones para las responsabilidades de finalidad resarcitoria<sup>57</sup>. Además, su limitación al concurso culpable revela que la función de la norma sería la de reprimir conductas inadmisibles, lo que explicaría el empleo del criterio agravado de imputación subjetiva frente a la diligencia general de las normas societarias<sup>58</sup>. Por ello, ésta obedece a un deseo de moralización de las conductas, de proporcionar unas exigencias éticas mínimas<sup>59</sup>, y lograr que el concurso sea una institución eficiente<sup>60</sup>.

Por otro lado, tenemos un argumento histórico, derivado del rechazo en el proceso de tramitación parlamentaria de las enmiendas que pretendieron recoger en el precepto los requisitos de la responsabilidad por daños<sup>61</sup>. Además, el origen de la propuesta del anteproyecto de la LC de 1995 estaba inspirada en el sistema francés de la *action de comblement du passif*, de claro carácter sancionador.<sup>62</sup>

Otro argumento es el relativo a la expresión “el juez podrá condenar” que contiene el artículo, que es interpretada por los partidarios de esta tesis como la posibilidad imponer condena a los administradores causantes o agravantes de la insolvencia, otorgando al juez la facultad de valorar si se impone o no sanción cuando el concurso es calificado como culpable, las personas sobre las que recaerá entre las afectadas por la calificación, la cuantía y el carácter solidario o mancomunado<sup>63</sup>. Así pues, con la expresión podrá se está

---

<sup>54</sup> Quijano González, J., ob. cit., p. 11-12.

<sup>55</sup> Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., p.54.

<sup>56</sup> Morales, J., ob. cit., p. 232.

<sup>57</sup> González Cabrera, I., ob. cit., p.5.

<sup>58</sup> Marín de la Bárcena, F., ob. cit., p.7.

<sup>59</sup> García - Cruces, J.A., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 279.

<sup>60</sup> Beltrán, E., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 229.

<sup>61</sup> Torrubia, B., ob. cit., p. 8.

<sup>62</sup> Beltrán, E., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 236-237.

<sup>63</sup> Beltrán, E., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 237-238.

otorgando la facultad de condenar, sin ser este un pronunciamiento obligatorio, otorgando un margen de discreción en la imposición de la condena propio de la naturaleza sancionadora.<sup>64</sup>

Respecto a la cuantía de la condena, alegan que si fuera resarcitoria, ésta sería como mínimo la totalidad de los créditos fallidos, con el posible incremento por el lucro cesante, y sin embargo el juez la modula según la participación en los hechos que determinen la calificación del concurso<sup>65</sup>. Así pues, el reproche legal no es automático, siendo preciso aplicar las reglas de imputación objetiva y subjetiva implícitas en la norma al comportamiento específico de los administradores demandados, con el fin de evaluar su aptitud para la calificación culpable del concurso y el grado de incidencia en la insolvencia.<sup>66</sup> Así, nos encontramos ante una responsabilidad ex lege por deudas ajenas, exigiéndose la relación de causalidad únicamente para los supuestos del 164.1 LC, dándose por sentada en los demás supuestos, que se ajustan a los criterios del 164.2 y 165 LC.<sup>67</sup>

Por último, los partidarios de esta postura se apoyan en la ausencia de legitimación activa, aduciendo que si la responsabilidad fuera resarcitoria debería reconocerse en LC la legitimación activa a la sociedad, por ser quien sufre el daño<sup>68</sup>

Ésta es la postura más gravosa para los administradores, pues según ésta la condena solamente requiere probar la infracción de la norma que sanciona, que la conducta es imputable al administrador y la concurrencia de los presupuestos, sin necesidad de acreditar el nexo causal. Así, alcanza a conductas cuyo nexo causal no puede demostrarse pero que suponen una indudable contribución a la insolvencia<sup>69</sup>, mientras que para la otra postura la imputación de la conducta no es suficiente, debiendo estar ésta vinculada al déficit concursal.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Morales, J., ob. cit., p. 238.

<sup>65</sup> Morales, J., ob. cit., p. 237.

<sup>66</sup> Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., pp. 55-56.

<sup>67</sup> Hernando, J., ob. cit., p. 170.

<sup>68</sup> Morales, J., ob. cit., p. 241.

<sup>69</sup> Pardo, J.M., ob. cit., p. 279.

<sup>70</sup> Morales, J., ob. cit., p. 234.

### 2.1.3. Posiciones intermedias.

Este sector reconoce ambas naturalezas, conciliando ambas posturas para establecer que la responsabilidad concursal en realidad tiene una naturaleza mixta. Además, expondremos en este punto posturas más innovadoras que aportan un punto de vista distinto de esta responsabilidad, ofreciendo una nueva forma de plantearla.

En primer lugar, encontramos autores que si bien se inclinan por la vertiente sancionadora, reconocen al mismo tiempo una función resarcitoria, tales como Beltrán, Garnacho Cabanillas, y Moya y Ruiz<sup>71</sup>. El primero establece que se trata de un debate puramente nominalista, pues por una parte se sanciona a los administradores por la insolvencia causada o agravada, ejerciendo una función punitiva que pretende que cumplan con las obligaciones legales por temor a las consecuencias, y por otra, al constituir un importante instrumento de reintegración de la masa activa, se permite a los acreedores obtener la reparación del daño, sin ser esta la función principal<sup>72</sup>. Sin embargo, este autor ya fue clasificado en la vertiente sancionadora al considerar que ésta es su función principal, mientras que el resto de los autores se mueven más en el plano mixto, estableciendo un *tertium genus* más aproximado a la vertiente sancionadora.

También encontramos autores como Prendes Carill<sup>73</sup>, el cual reconoce un tercer género de responsabilidad a caballo entre la sanción o pena civil y la responsabilidad por daño. Así pues, reconoce el régimen de responsabilidad por daño de esta responsabilidad, pero también una función reguladora que mitiga el requisito de causalidad e introduce criterios de imputación subjetiva y objetiva que residen en el desvalor de la conducta, tales como la previsibilidad de las consecuencias o su adecuación a la conducta. Así, se suaviza el rigor del sistema causal a través de medidas disuasorias que basan la cuantía de la condena en parámetros distintos del perjuicio causado, con el fin de incluir conductas no ligadas al daño causalmente pero con cierta conexión que justifica su imposición.

Como postura innovadora encontramos la de Marín de la Bárcena<sup>74</sup>, cuya concepción establece que la responsabilidad concursal cumple una función de atribución del riesgo

---

<sup>71</sup> Garnacho, L., ob. cit., p.11; Beltrán, E., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp.229-230.; Moya, J. y Ruiz, M.C., ob. cit., p. 6.

<sup>72</sup> A modo de ejemplo Beltrán, E., “La responsabilidad...”, p. 229

<sup>73</sup> Prendes Carril, P., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales tras la STS de 23 de febrero de 2011”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2011, nº 825, p. 10.

<sup>74</sup> Postura también considerada de lege ferenda por Garnacho, L., ob. cit., p.17

de insolvencia. Así, si bien la insolvencia fortuita del deudor es un riesgo general de la vida que deben asumir los acreedores, cuando se incumplen los deberes de control o minoración de ese riesgo de insolvencia, el legislador permite su imputación a los administradores por haber alterado el riesgo de forma intolerable. Así, no debe examinarse el daño consecuente de los actos u omisiones del administrador, sino estudiar en qué medida éstos contribuyeron al riesgo de insolvencia, y si se traspasa el riesgo permitido operará esta responsabilidad, cuya finalidad es evitar una inadecuada traslación del riesgo empresarial a los acreedores, garantizando el principio de mínima intervención a través de la exigencia de dolo o culpa grave<sup>75</sup>. Esta teoría supone concebir las presunciones del 164.2 y 165 LC como presunciones de infracción del estándar de gestión ordenada, cuya prueba en contrario – en caso del 165 LC - consistirá en acreditar que los administradores cumplieron sus deberes de control y minoración del riesgo de insolvencia y que el resultado se debe a otro comportamiento que ha generado un riesgo concurrente, o que simplemente ha sido obra del azar - riesgo general de la vida-.<sup>76</sup>

Por otra parte, algunos autores toman conciencia de la importancia de la iniciativa empresarial para el desarrollo de las sociedades, y la aversión al riesgo que produce la falta de pautas certeras para distinguir cuándo va a recaer responsabilidad sobre éstos, especialmente en las empresas pequeñas donde la influencia de sus decisiones es mayor. Así pues, reclaman una responsabilidad que otorgue un colchón de seguridad a través de mecanismos como la business judgement rule americana, ya que los jueces están poco preparados para juzgar las decisiones gerenciales. Además, consideran que no existe ni debería existir una *lex artis*, pues este ámbito requiere innovación y asunción de riesgos, al ser éstos los que justifican los beneficios.<sup>77</sup>

Así, se reclama un espacio de inmunidad que proteja la discrecionalidad técnica de los administradores en las actividades que afecten al negocio o la organización, para que puedan tomar decisiones con el dinamismo inherente a la gestión empresarial sin involucrar su propio patrimonio, y evitar así la disuasión que genera el hecho de que su

---

<sup>75</sup> Marín de la Bárcena, F., ob. cit., p. 11-13.

<sup>76</sup> Marín de la Bárcena, F., ob. cit., p. 12.

<sup>77</sup> Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003, nº 4, p. 30-31.

iniciativa, emprendimiento o la toma de riesgos necesarios pueda ser juzgado de forma sistematizada.<sup>78</sup>

También existen posturas como la de Díaz Echegaray, que niega tanto la naturaleza sancionadora como la resarcitoria, incluso también la mixta por no aportar éstas soluciones a los problemas de aplicación de la norma. Así, ante la incoherencia que supondría que la responsabilidad del administrador fuera más benévola cuando el concurso es culpable, hace una equiparación aproximada de esta responsabilidad con la del 367 LSC, y se basa en las interpretaciones jurisprudenciales sobre este artículo para entender que podría tratarse de una “sanción en sentido amplio, esto es, como una reacción del ordenamiento ante el incumplimiento de un deber que da lugar a un efecto personal o patrimonial, pero que no es posible incluir en el sentido estricto de ésta”.<sup>79</sup>

Tras la reforma de 2014, queda claro para la mayoría que la Ley se ha acogido a la tesis indemnizatoria. Sin embargo, autores como Garnacho Cabanillas permanecen en esta tesis intermedia fruto de las incongruencias que consideran todavía existentes en el nuevo precepto, las cuales se verán más adelante. Así, consideran que se reconoce una función efectivamente resarcitoria, pero sin abandonar en todo la función sancionadora, pudiéndose incluso defender una función de atribución del riesgo empresarial ante la infracción del deber de gestión ordenada. Este panorama le lleva a considerar una naturaleza *sui generis*, *ex concurso*.<sup>80</sup>

## **2.2. Jurisprudencia.**

La discrepancia existente en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal se refleja también en el plano jurisprudencial, dando lugar a dos líneas de interpretación a las que se acogían las distintas Audiencias Provinciales, derivando en una gran inseguridad jurídica y ofreciendo en el plano práctico un panorama óptimo para las operaciones de *fórum shopping*.<sup>81</sup>

La discrepancia venía mayormente representada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se decantó en un primer momento a favor de la tesis indemnizatoria, y la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, fiel defensora de la tesis sancionadora.

---

<sup>78</sup> Miralbell, L.M., “A vueltas...”, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>79</sup> Díaz Echegaray, J. L., *ob. cit.*, p. 36.

<sup>80</sup> Garnacho, L., *ob. cit.*, p. 11.

<sup>81</sup> Díaz Echegaray, J.L., *ob. cit.*, p.20.

La diferente calificación de la responsabilidad acabó generando una importante diferencia de trato hacia los administradores en función del territorio en el que estuvieran enjuiciándose sus actos, pues los territorios que calificaban la responsabilidad como indemnizatoria requerían una mayor exigencia probatoria derivada de la necesidad de acreditar los presupuestos que este tipo de responsabilidad exigía, lo que conducía a un trato más benevolente. Ello provocó cambios de domicilio social hacia territorios que abogaran por la responsabilidad indemnizatoria antes de la declaración del concurso, con el objeto de mitigar los efectos que el concurso pudiera tener sobre los administradores.<sup>82</sup>

Respecto a la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>83</sup>, ésta sostenía en sus resoluciones como la SAP de 5 de febrero de 2008 una responsabilidad por deudas, ex lege, que si bien su imputación no era automática sino subjetiva, se reprocha únicamente la conducta determinante de la calificación culpable del concurso, sin ser necesaria la relación de causalidad entre ésta y el déficit patrimonial más allá de lo exigido por el 164 y 165 LC<sup>84</sup>.

Las razones son muy similares a las ya expuestas por la doctrina: la no exigencia del nexo de causalidad por el precepto, la contemplación del 172.2.3º de una responsabilidad resarcitoria, el rechazo de las enmiendas parlamentarias, la incoherencia que supondría que fuera más benévola que la responsabilidad societaria, el término “podrá” como expresión de que no todo administrador afectado por la calificación culpable deba ser declarado responsable<sup>85</sup>. Además, establece en sentencias como la anteriormente citada<sup>86</sup> que si fuera resarcitoria no alcanzaría casos de tal gravedad como los del 164.2 LC, en las que justamente por la gravedad y su intrínseca naturaleza, llevan a la calificación culpable del concurso sin necesidad de prueba y sin admitir prueba en contrario. Así pues, la audiencia argumenta<sup>87</sup> que si bien la insolvencia del deudor es un riesgo previsible en el tráfico económico, cuando los administradores han realizado conductas especialmente reprobables como las del 164 y 165 LC, normalmente adecuadas para dañar el patrimonio social, es más adecuado que éstos soporten el daño en lugar de los acreedores. Respecto a la facultad del juez para establecer condena, ésta no es arbitraria sino moderadora de la

---

<sup>82</sup> Torrubia, B., ob. cit., p.2.

<sup>83</sup> Pardo, J. M., ob. cit., p. 280

<sup>84</sup> SAP Madrid 31/2008, de 5 febrero de 2008 (FJ 8) (AC 2008/834),

<sup>85</sup> Ribelles, J. M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCP*, 2015, nº 22, p. 2.

<sup>86</sup> SAP Madrid 31/2008, de 5 febrero de 2008 (FJ 6) (AC 2008/834)

<sup>87</sup> SAP Madrid 31/2008, de 5 febrero de 2008 (FJ 7) (AC 2008/834)

responsabilidad, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante de la calificación culpable o el grado de participación en la misma, con el fin de impedir los severos resultados que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad.<sup>88</sup>

Por otro lado, estaba la sección 15ª de la AP de Barcelona, siendo ésta en un principio la principal defensora de la tesis indemnizatoria. Así, en resoluciones como el auto de 6 de febrero de 2006<sup>89</sup> califica la responsabilidad como un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, siendo el daño los créditos no satisfechos por los acreedores. El argumento principal en el que se basa es el tenor literal del artículo, que no establece una sanción automática sino que otorga al juez la facultad de condenar en la medida que haya contribuido a la insatisfacción de los créditos concursales, debiendo probarla relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.

Esta situación requería una unificación por parte de la jurisprudencia mayor, lo cual ha llevado al Alto Tribunal a pronunciarse en distintas resoluciones tanto sobre la naturaleza de la responsabilidad como sobre la necesidad o no de acreditar una relación de causalidad entre el hecho determinante de la calificación culpable del concurso y el déficit concursal. Si bien estas dos cuestiones parecen estar ligadas, de forma que la indemnización requeriría la apreciación de nexo causal mientras que la sanción implicaría un mayor margen de libertad al juez para imponerla<sup>90</sup>, los distintos pronunciamientos del Tribunal no siempre han seguido este procedimiento lógico<sup>91</sup>. Además, los pronunciamientos del tribunal se han caracterizado por la imprecisión y la oscilación, lo que ha alimentado todavía más el panorama anteriormente descrito que, como veremos, se ha tratado de solucionar por vía legal.

El primer pronunciamiento lo encontramos en la STS de 23 de febrero de 2011<sup>92</sup>, donde se rechaza expresamente la naturaleza sancionadora al considerar que la responsabilidad deriva de ser imputable la generación o agravación de la insolvencia, lo que equivale a decir el daño indirectamente sufrido por los acreedores en la medida que no se ven satisfechos sus créditos tras la liquidación de la masa activa.

Esta calificación dio a entender a algunos autores que el Alto Tribunal se había decantado

---

<sup>88</sup> SAP Madrid 31/2008, de 5 febrero de 2008 (FJ 8) (AC 2008/834)

<sup>89</sup> AAP Barcelona 48/2006, de 6 de febrero de 2006 (PROV 2006, 242022).

<sup>90</sup> Miralbell, L.M., “A vueltas...”, ob. cit., p. 1.

<sup>91</sup> Díaz Echegaray, J.L., ob. cit., p. 20.

<sup>92</sup> STS 56/2011, de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2475).

por la tesis indemnizatoria<sup>93</sup>. Sin embargo, también hay quien entendía que esta interpretación se veía condicionada por el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, al ser una resolución relativa a hechos anteriores a la reforma de la LC<sup>94</sup>, incluso otra parte de la doctrina interpretaba que si bien se distanciaba de la tesis sancionadora, ello no implicaba la aceptación de la indemnizatoria, pues tal tesis no encajaba dentro del tenor literal del precepto, el cual no consistía en atribuir la obligación de indemnizar un daño y menos sólo un daño al patrimonio social.<sup>95</sup> Ésta última postura propugnaba que existía un error de interpretación del 164.1 LC, cuya referencia a la generación o agravación de la insolvencia no obedecía a un sentido patrimonial sino funcional, es decir, lo que se tiene en cuenta es la infracción del deber de control de riesgo de la sociedad y no el daño indirecto sufrido por los acreedores. Ello concordaría con los hechos determinantes de la culpabilidad del concurso recogidos en el 164.2 LC, los cuales no hacen referencia a un daño patrimonial, siendo su gravedad tal que se les exime de la prueba de la relación de causalidad para determinar la calificación culpable, preestableciéndose el nexo en la norma legal. De lo contrario, como ya señalaba la SAP de Madrid de 8 de octubre de 2008, este tipo de responsabilidad no podría acordarse en la mayoría de los casos de concurso culpable, especialmente en los más graves.

La postura del tribunal fue reiterándose en sus posteriores resoluciones<sup>96</sup>, las cuales trataron la cuestión de forma secundaria al examinar su posible aplicación retroactiva. Sin embargo, puede apreciarse un ligero alejamiento de las tesis indemnizatorias<sup>97</sup> en la línea que demandaban los autores anteriormente mencionados.

Así, la STS de 6 de octubre admite que puede darse la condena tanto en los tipos de resultado del 164.1 LC como en los de mera actividad del 164.2, prescindiendo por tanto

---

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, Martín Reyes, M. Á., ob. cit., p. 16; Miralbell, L.M., ob. cit., p.1; Rodríguez, D., “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales (arts. 172.3, originario, y 172 bis LC, reformado)”, En García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra, 2012, p. 404.; López Aparcero, A., ob. cit., p.2.

<sup>94</sup> Díaz Echegaray, J.L., La discutida naturaleza de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia. *ADCo*, 2013, nº29, pp. 21-22.

<sup>95</sup> Marín de la Bárcena , F., “Naturaleza...”, ob. cit., p.11; Marín de la Bárcena , F., “Responsabilidad concursal”, *ADCo*, 2013, nº 28, p. 109.

<sup>96</sup> STS 615/2011, de 12 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 6416); STS 644/2011, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1084); STS 614/2011, de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368).

<sup>97</sup> Viñuelas, M., “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDCP*, 2016, nº 24, p.2.

del daño como requisito necesario para la condena al déficit concursal. Tampoco configura esta condena como automática sino que aboga por la necesidad de una “justificación añadida”, tanto para la condena en sí como para la cuantificación e identificación de los responsables, consistente en valorar los “distintos elementos objetivos y subjetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que (...) había determinado la calificación del concurso como culpable.”<sup>98</sup>

La exclusión del nexo causal en las conductas de mera actividad supuso la imposibilidad de encajar esta responsabilidad con la naturaleza resarcitoria, y puesto que no podía admitirse que la naturaleza mutara en función de la conducta - todavía menos cuando se daban ambos tipos para un mismo supuesto-, comenzó a abogarse por una responsabilidad de corte objetivado<sup>99</sup>, incluso valió para algunos autores para reafirmarse en su postura sancionadora<sup>100</sup>:

La reconfiguración del precepto con la reforma de 2011<sup>101</sup> de la LC no supuso apenas cambios en la postura del Tribunal Supremo en materia de la naturaleza de la responsabilidad concursal. Estas reformas fueron tanto sistemáticas, al dejar de compartir precepto con la indemnización de daños y perjuicios; subjetivas, al ampliar el elenco de personas afectadas por la calificación; y objetivas, ya que se pasa a hablar de condena al pago de los acreedores concursales o condena a la cobertura del déficit, con el fin de incluir no solo los créditos concursales sino los créditos contra la masa<sup>102</sup>:

Así, la primera sentencia dictada tras la reforma fue la STS de 17 noviembre de 2011<sup>103</sup>, la cual se limita a reiterar la doctrina anterior a la reforma, presentando como única novedad el pronunciamiento sobre el art. 165 LC, el cual recibe dos consideraciones: por un lado, éste es definido como norma complementaria del 164.1 LC, y por otro, el Alto

---

<sup>98</sup> Distinción remarcada por varios autores tales como Marín de la Bárcena, F., “Responsabilidad...”, ob. cit., pp. 118-119; Viñuelas, M., ob. cit., p.2; López Aparcero, A., ob. cit., pp. 3-5.

<sup>99</sup> Muñoz, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores*, 2015, Navarra, España, p. 375.

<sup>100</sup> Beltrán, E., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 235

<sup>101</sup> Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 11 de octubre de 2011).

<sup>102</sup> Muñoz, A, ob. cit., pp.375-376.

<sup>103</sup> STS 614/2011 de 17 noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368)

Tribunal razona que la presunción iuris tantum en él contemplada se extiende al dolo o culpa grave, sin excluir el requisito del nexo causal.<sup>104</sup>

La STS 21 marzo de 2012<sup>105</sup> es una relectura de la STS de 6 de octubre, asentando la doble estructura que conduce a la calificación culpable del concurso: por un lado, las conductas englobadas dentro del 164.1 LC, las cuales exigen un resultado de generación o agravación de la insolvencia del concursado (con el complemento del 165 LC que facilita el dolo o culpa grave); y por otro lado, las conductas del 164.2 LC, que determinan por sí solas la calificación culpable independientemente del resultado.

La postura del tribunal va evolucionando hasta acabar nadando entre dos aguas, lo cual se refleja muy bien en la STS de 20 de abril de 2012<sup>106</sup>, donde sin decantarse a favor de ninguna tesis expone, por un lado, que la tesis resarcitoria no permite eludir la conexión con los tipos de mera actividad del 164.2 LC, los cuales no pueden ser empleados como meros instrumentos al servicio de la prueba del resultado de insolvencia ya que no se puede condicionar la condena a la concurrencia de un requisito no exigido para calificar el concurso como culpable; y por otro lado, que la tesis sancionadora “no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, en base a criterios de imputación coherentes con los de la calificación del concurso” .<sup>107</sup>

Esta imprecisa posición, reiterada en resoluciones como la STS de 26 abril 2012<sup>108</sup>, llevó a interpretar en el plano doctrinal un cambio de tendencia dirigido al abandono definitivo de la tesis resarcitoria que en un principio sostenía y que ya comenzaba a tambalear, y a la aceptación implícita del carácter punitivo de la naturaleza de esta responsabilidad<sup>109</sup>.

Esta interpretación se consolidó en el plano jurisprudencial con la SAP Barcelona de 23 de Abril de 2012<sup>110</sup>, cuando la Sección 15ª de la AP de Barcelona decidió abandonar la tesis indemnizatoria que venía defendiendo férreamente para interpretar, en base a las anteriores consideraciones del Tribunal Supremo, que no se trataba de una

---

<sup>104</sup> Viñuelas, M., ob. cit., pp. 3-5.

<sup>105</sup> STS 142/2012, de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5265).

<sup>106</sup> STS 259/2012, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012, 5910).

<sup>107</sup> Muñoz, A., ob. cit., p. 381.

<sup>108</sup> STS 255/2012, de 26 abril 2012 (RJ 2012, 6101).

<sup>109</sup> Ribelles, J. M., ob. cit., p. 3, Muñoz, A., ob. cit., p. 381; Torrubia, B., ob. cit., p. 9.

<sup>110</sup> SAP Barcelona 154/2012, de 23 de Abril de 2012 (PROV 2012, 176693).

responsabilidad por daños sino por deudas, sea cual fuere la conducta enjuiciada y debiendo descartarse el doble sistema de responsabilidad contradictorio.<sup>111</sup>

Esta nueva postura sostiene que la finalidad perseguida por la norma es la atribución del riesgo de insolvencia, de manera que el riesgo deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso. Sin embargo, la responsabilidad no es siempre por todo el déficit sino que es el juez el que debe precisar su importe en función de las circunstancias que en cada caso procedan. Asimismo, la Audiencia se centra en la nueva expresión déficit para asimilar esta responsabilidad a otras recogidas por ordenamientos concursales extranjeros como son la acción de complemento de pasivo francesa o la insolvency act de reino unido, las cuales no consisten en la atribución de responsabilidad por daños sino en imputar la responsabilidad por déficit patrimonial.

Así pues, lo importante no es ver si existe nexo causal entre la conducta que ha determinado la calificación culpable y el concreto agravamiento de la insolvencia, sino ver si ese agravamiento le es imputable a los administradores y en qué medida. Para ello, se tendrán en cuenta los hechos que han determinado la calificación como un parámetro más que permita hacer correctamente el juicio de imputación del déficit pero no el único - como ocurriría en caso de ser la responsabilidad indemnizatoria-, pues se tendrá en cuenta todo lo relevante que en cada caso se estime adecuado.

Volviendo al parecer del Alto Tribunal, éste continúa rechazando la tesis resarcitoria y presuponiendo la sancionadora en la STS Sala 1ª de 21 mayo de 2012<sup>112</sup>, bajo el argumento de no poder condicionar la condena a un requisito no exigido por el tipo.<sup>113</sup> El Tribunal engloba en sus conclusiones no sólo los tipos de mera actividad sino los del 165 LC, extendiendo dicha presunción al elemento del nexo causal mediante una interpretación sistemática e integradora de la responsabilidad concursal con los requisitos de calificación del concurso. Así pues, al eximir de acreditar la relación de causalidad en todos los supuestos de concurso culpable del 164.2 y 165 LC, el TS se aleja de la postura resarcitoria para aumentar la efectividad de los supuestos de concurso culpable, desplazando así las dificultades de prueba al autor de tales conductas<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup>Muñoz, A., ob. cit., pp. 381-382

<sup>112</sup> STS 298/2012, de 21 mayo de 2012 (RJ 2012, 6537).

<sup>113</sup> Ribelles, J. M., ob. cit., p. 3.

<sup>114</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 4.

Sin embargo, la importancia de esta resolución reside en el voto particular en ella emitido por el magistrado Sancho Gargallo, el cual aboga de nuevo por la tesis resarcitoria por él iniciada en la AP de Barcelona, aunque con ciertas precisiones de tal importancia que acabarán siendo asumidas por el legislador dos años más tarde, configurando la actual dicción del precepto<sup>115</sup>.

Inspirado en la norma francesa, propone un criterio de imputación consistente en apreciar la responsabilidad de los administradores y el alcance de la misma en la medida en que su conducta determinante de la calificación culpable haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Así, se respeta el objeto de la condena - que en último término es dar satisfacción a los créditos no satisfechos en la liquidación-, se permite identificar a los responsables y graduar esa responsabilidad en función del grado de contribución en la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

En base a este criterio, el magistrado hace un análisis de todos los ordinales del 164.2 LC para ver en qué medida estas conductas inciden en la insolvencia, condenando en esa medida a la cobertura del déficit. Respecto a los apartados 164.2.1º y 2º, establece que son tipos de mera actividad que cuando generan una opacidad que impide conocer las causas de la insolvencia se permite la presunción en contra de quien haya impedido dicho conocimiento, condenando al 100% del déficit. Bajo esta interpretación de la ley se soluciona el sinsentido que suponía la exclusión de conductas de mera actividad pero de extrema gravedad<sup>116</sup>, incluso en estos casos puede justificarse una relación de causalidad en la medida en que una irregularidad contable desencadena una sanción fiscal que agrava la solvencia, o provoca una pérdida de confianza de los agentes que operan con la concursada que deriva en la no renovación de créditos por parte de los bancos o la interrupción del suministro por parte de los proveedores.<sup>117</sup>

Así pues, el voto particular critica la contradicción que supone sostener una postura cercana a la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad y al mismo tiempo admitir condena sin necesidad de acreditar en qué medida la conducta ha incidido en la insolvencia cuando se dan las conductas recogidas en el 164.2. LC<sup>118</sup>. Algunos autores

---

<sup>115</sup> Muñoz, A. ob. cit., p. 387.

<sup>116</sup> Muñoz, A., ob. cit., p. 387-388.

<sup>117</sup> Miralbell, L. M., “Otra vez...”, ob. cit., p. 5

<sup>118</sup> Miralbell, L. M., “Otra vez...”, ob. cit., p. 2.

entienden que se trata de un intento del Alto Tribunal de crear una suerte de “*tertium genus*”, pues niega el carácter sancionador de la responsabilidad concursal al mismo tiempo que excluye la exigencias de la responsabilidad indemnizatoria.<sup>119</sup>. Así, el voto particular trata de hacer frente a esta paradójica situación estableciendo que la acreditación de la insolvencia no es necesaria para determinar la calificación culpable, pero sí para la condena a la cobertura del déficit, siendo por tanto ésta la consecuencia última de la generación o agravamiento de la insolvencia<sup>120</sup>.

Con la STS de 16 de julio de 2012<sup>121</sup>, el Alto Tribunal abandona claramente la postura indemnizatoria para calificar la responsabilidad concursal como una responsabilidad por deuda ajena cuya aplicación requiere 4 presupuestos: calificación culpable, apertura de la fase de liquidación, ostentar la condición de administrador o liquidador y la existencia de un déficit concursal. Ya ni siquiera se alude a la necesidad de una “justificación añadida”, sino que se hace referencia solamente a la amplia discrecionalidad judicial que la norma otorga en el ámbito de valoración de la condena. Si bien existen criterios para guiarla, éstos operan en la cuantificación de la misma pero no en su apreciación en sí, la cual parece estar al libre arbitrio judicial. Así pues, los criterios de valoración a tener en cuenta por el juez son: la gravedad objetiva de la conducta - elemento objetivo - y el grado de participación del condenado en los hechos que determinaron la calificación culpable del concurso - elemento subjetivo -. El criterio propuesto por el voto particular anteriormente expuesto se rechaza expresamente como único criterio válido, pese a no descartar su validez junto a otros criterios posibles.<sup>122</sup>

La misma línea sigue la STS 19 julio de 2012<sup>123</sup>, si bien realizando un esfuerzo de integración con la jurisprudencia anterior<sup>124</sup>, y posteriormente la STS de 14 noviembre de 2012<sup>125</sup> y STS de 28 febrero de 2013<sup>126</sup>, las cuales interpretan la responsabilidad no como una indemnización por daño sino más bien como una reacción del ordenamiento ante la

---

<sup>119</sup> Así lo entienden, entre otros, Prendes Carril, P., ob. cit., p. 10.

<sup>120</sup> Huerta Viesca, M. I. y Rodríguez Ruiz de Villa, D., “La responsabilidad concursal de los administradores (A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)”, *ADCo*, nº 28, 2013, p. 215.

<sup>121</sup> STS 501/2012, de 16 julio de 2012 (RJ 2012\9330).

<sup>122</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 4.

<sup>123</sup> STS 459/2012, de 19 julio de 2012 (RJ 2012\9000).

<sup>124</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 5.

<sup>125</sup> STS 669/2012, de 14 noviembre de 2012 ( RJ 2013\1614)

<sup>126</sup> STS 75/2013, de 28 febrero de 2013 ( RJ 2013\2279)

constatación de una conducta considerada antijurídica como es la de contribuir con dolo o culpa a la insolvencia del concursado.<sup>127</sup>

En la STS de 1 de abril de 2014<sup>128</sup> ya se admite de forma expresa lo que ya se daba a entender en resoluciones anteriores, esto es, la extensión de la presunción iuris tantum no sólo al dolo o culpa grave sino al nexo causal, es decir, a la incidencia en la insolvencia. Esta extensión resulta coherente con la nueva calificación de responsabilidad por deuda ajena, pues supone la no exigencia del requisito causal para dar lugar a la aplicación de esta responsabilidad.<sup>129</sup> A pesar de esta nueva calificación que se decanta más por la tesis sancionadora, no deben olvidarse ciertos supuestos de responsabilidad concursal en los que sí es preciso demostrar una relación de causalidad por exigirlo así la norma legal (164.1 y 165 LC).<sup>130</sup>

La vacilante e imprecisa postura del Tribunal Supremo respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal alimentó la gran confusión que se estaba dando en el plano doctrinal acerca de la cuestión. Comenzó negando la naturaleza sancionadora y dando a entender una postura favorable a la resarcitoria, continuó contemplando ambas posturas sin posicionarse a favor de ninguna de ellas para luego acabar defendiendo lo contrario a su postura inicial al afirmar que se trata de una responsabilidad por deuda ajena, todo ello con discrepancias incluso dentro del propio tribunal, cuya falta de unanimidad se refleja a través de los votos particulares<sup>131</sup>. Asimismo, habla por un lado de no condicionar la condena a un requisito no exigido por el tipo, mientras que en algunas resoluciones destaca la necesidad de una justificación añadida para dar lugar a su aplicación, sin explicar además en qué consiste dicha justificación<sup>132</sup>, indeterminación que ha sido advertida por muchos autores que han tratado de interpretarla.<sup>133</sup>

Esta incertidumbre desembocó en una nueva reforma legal en 2014<sup>134</sup> que si bien aporta concreción, como veremos, no está exenta de problemas. En ésta se añade al precepto un último inciso que especifica el criterio de imputación de esta responsabilidad: aquel

---

<sup>127</sup> Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., p. 54.

<sup>128</sup> STS 122/2014, de 1 de abril de 2014 (FJ 5) (RJ 2014\2159)

<sup>129</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 5.

<sup>130</sup> Garnacho, L., ob. cit., p. 10.

<sup>131</sup> Díaz Echegaray, J. L., ob. cit., p. 30; Garnacho, L., ob. cit., p.8.

<sup>132</sup> Díaz echgaray, J. L., ob. cit., p. 30.

<sup>133</sup> Entre otros, Marín de la Bárcena, F., ob. cit., p. 110 y ss; López, A., ob. cit., p. 4.

<sup>134</sup> Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 8 de marzo de 2014).

expresado en el voto particular del magistrado Sancho Gargallo, fiel defensor de la tesis indemnizatoria, por lo que parece que el legislador aporta esa demandada claridad y concreción decantándose por la postura indemnizatoria.

Este nuevo inciso limita la discrecionalidad judicial que se derivaba de la necesidad de una abstracta e imprecisa justificación añadida para la condena por esta responsabilidad, pues su imposición y cuantificación deberán atender a partir de ahora a la medida en que la conducta determinante de la calificación culpable ha generado o agravado la insolvencia. Así pues, el foco se encuentra actualmente en la relación causal entre dicha conducta y la insolvencia, y el importe de la condena coincidirá con el daño causado, siendo éste la diferencia entre la insolvencia efectivamente existente y la que se habría dado si el sujeto afectado por la calificación no hubiera llevado a cabo tal actuación<sup>135</sup>.

La primera interpretación del nuevo precepto legal en la jurisprudencia mayor se da con la STS de 12 de enero de 2015<sup>136</sup>, inclinándose como era de esperar por la tesis resarcitoria en cuanto puede hacerse responsable al administrador, entre otros, de la cobertura total o parcial del déficit concursal “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Sin embargo, considera que al tratarse de una sección abierta con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, todavía no es aplicable dicha modificación principalmente por dos motivos que son precisamente el foco en torno al cual se ha desplazado el debate doctrinal:

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que la responsabilidad concursal ha venido siendo interpretada no como una sanción sino como un “régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador, sino proteger los intereses de los acreedores sociales.”<sup>137</sup>. Así, al carecer la norma de carácter sancionador no es posible aplicar el principio de la retroactividad de la norma más favorable.

Asimismo, el nuevo inciso supone la introducción de “un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa”, ya que la naturaleza configurada por la jurisprudencia anterior con una uniformidad razonable no era indemnizatoria ni exigía la concurrencia de una

---

<sup>135</sup> Valenzuela, M. J., “Responsabilidad de los administradores por déficit concursal”, *RDCP*, 2017, n° 27, pp. 6-7.

<sup>136</sup> STS 772/2014, de 12 de enero de 2015 (LALEY 4264/2015)

<sup>137</sup> Sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015 (FJ 4.2) (LALEY 4264/2015).

relación de causalidad entre la conducta determinante de la calificación del concurso culpable y el déficit concursal. Al ser el inciso contrario a la jurisprudencia anterior, considera que no se trata de una aclaración o interpretación de la normativa preexistente sino como la decisión del legislador de modificar el criterio existente para introducir una responsabilidad de naturaleza resarcitoria. Por ello, tampoco es aplicable la retroactividad propia de las normas interpretativas o aclaratorias que ha venido defendiéndose en el plano jurisprudencial.

Se declara así el abandono de la tesis que abogaba por la responsabilidad por deuda ajena para apoyar, en base a la reforma legal, la tesis resarcitoria. Sin embargo, volviendo al régimen anterior por ser éste el aplicable al caso, no se observa un cambio tan drástico ya que el nuevo criterio introducido es un criterio más tomado en consideración en calidad de justificación añadida, a fin de valorar, en el plano objetivo, la gravedad de la conducta.<sup>138</sup>

En efecto, para el caso de incumplimiento de la obligación de solicitud de la declaración de concurso (art. 165.1 LC), sobre el cual versa la sentencia, se tuvieron en cuenta como elementos de valoración objetivos la duración de la demora y la generación o agravamiento de la insolvencia durante ese período. Si bien eludiendo la calificación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad, continúan en la misma línea la STS de 7 de mayo de 2015<sup>139</sup> y la STS de 1 de junio de 2015<sup>140</sup>, las cuales, aplicando todavía la normativa anterior, mantienen ciertas disparidades respecto a la extensión de la presunción *iuris tantum*: la primera la extiende al elemento causal, mientras que la segunda la extiende solamente al elemento subjetivo, requiriendo por tanto la prueba de la relación de causalidad entre el retraso y la agravación de la insolvencia. La última en cambio se posiciona en la misma línea que la primera, si bien suaviza las divergencias al considerarlo un elemento no exigible por ser la generación o agravación de la insolvencia una consecuencia lógica del retraso en la solicitud del concurso, debiendo probarse lo contrario como hecho excepcional. Vemos por tanto una convergencia de la jurisprudencia con la modificación normativa, la cual va influyendo en la interpretación de los tribunales, tanto en los tipos de daños como en los de mera actividad.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 6.

<sup>139</sup> STS 275/2015, de 7 mayo (RJ 2015\2237)

<sup>140</sup> STS 327/2015, de 1 junio (RJ 2015\2494)

<sup>141</sup> Viñuelas, M., ob. cit., p. 7-8.

Así, la STS de 14 de julio de 2016<sup>142</sup> califica la responsabilidad como resarcitoria, entendiéndola como una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la masa de acreedores, de modo que en base a ésta no puede condenarse al pago de determinados créditos o a unos acreedores concretos, sino que el montante que resulte de la condena establecida por la sentencia de calificación se integrará en la masa activa.<sup>143</sup> En esta misma línea comienzan a pronunciarse la mayoría de las resoluciones jurisprudenciales, entre las cuales podemos destacar la STS de 3 de noviembre de 2016 ya que, al versar sobre un supuesto de irregularidades contables, esto es, un tipo de mera actividad que no es susceptible de incidir en la insolvencia por sí mismo, se enfrenta a la cuestión relativa a si este tipo de conductas pueden dar lugar a responsabilidad concursal o por el contrario, nunca puede derivarse de éstas la condena a la cobertura del déficit concursal, decantándose por la primera postura cuando se trata de una completa ausencia de contabilidad durante un período prolongado de tiempo, de una gravedad tal que impide conocer hasta qué punto la insolvencia ha sido generada o agravada por los incumplimientos del administrador social<sup>144</sup>. De esta forma sienta un criterio para el caso de irregularidad contable grave, según el cual ésta justifica la condena a la cobertura de todo el déficit concursal, lo que permite extrapolar a algunos autores una presunción de responsabilidad en la medida en que el incumplimiento impide conocer con precisión las causas de la insolvencia.<sup>145</sup>

### **2.3. Situación actual.**

Con la última reforma, el legislador ha contribuido a la claridad y concreción de la cuestión, y la postura del Alto Tribunal ha pasado a adquirir mayor firmeza en su interpretación legislativa, pasando a ser férrea defensora de la postura indemnizatoria. Sin embargo, esta postura continúa sin ser unánime en algunos los aspectos. El foco del debate se ha trasladado de la naturaleza de la responsabilidad, la cual ya parece ser más clara, al campo del régimen transitorio, sobre el cual el legislador ha guardado silencio a diferencia de las reformas anteriores.

Todas las sentencias posteriores a la reforma hasta ahora citadas, sostienen que ésta sólo es de aplicación en las secciones de calificación abiertas a partir de su entrada en vigor,

---

<sup>142</sup> *cfr.* STS 490/2016, de 14 julio (RJ 2016\3561)

<sup>143</sup> Huerta, M. I., Rodríguez, D., *ob. cit.*, p. 14.

<sup>144</sup> Huerta, M. I., Rodríguez, D., *ob. cit.*, p. 15.

<sup>145</sup> Ribelles, J. M., *ob. cit.*, p. 5.

al considerar que es innovativa y no interpretativa del significado originario de la responsabilidad concursal, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia menor. Sin embargo, existe doctrina y jurisprudencia contrarias a esta consideración, que entienden que la reforma constituye una aclaración o interpretación del contenido y alcance del derecho ya promulgado, entre otros motivos, por haber sido el nuevo inciso anticipado ya en el voto particular de la STS de 21 de mayo de 2012 como una interpretación posible del anterior régimen configurado por el 172.3 LC<sup>146</sup>, y por ser un criterio perfectamente defendible con anterioridad a la reforma a pesar de decantarse el Tribunal Supremo por otra interpretación<sup>147</sup>. Así pues, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 29 de octubre de 1990 la reforma tendría carácter retroactivo como excepción impropia a la regla general de irretroactividad, por no ser derecho nuevo sino limitarse a explicitar la voluntad legislativa.<sup>148</sup> Así lo confirma una minoría de resoluciones como la SAP de Barcelona, de 9 de julio de 2014<sup>149</sup>, la cual admite la aplicación del criterio expuesto al admitir que el inciso *“no es derecho nuevo, propiamente dicho, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado”*<sup>150</sup>.

Por otro lado, el silencio respecto al régimen transitorio no es el único error cometido con la reforma, pues ésta ha tratado la responsabilidad concursal únicamente de forma parcial, olvidando disposiciones relacionadas con ésta, lo cual ha derivado en discordancias que pueden implicar todavía dudas acerca de la naturaleza de la responsabilidad. Esta incoherencia reside en la literalidad del propio precepto 172 bis LC, pues su primer párrafo es el que contiene el nuevo inciso donde se dispone la imputación de responsabilidad *“en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”*, mientras que el tercero mantiene su dicción para el caso de pluralidad de condenados, debiéndose individualizar la cantidad a satisfacer *“de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*.<sup>151</sup>

Por último, a pesar de haberse clarificado la cuestión relativa a la naturaleza de la responsabilidad por el legislador, cierto sector doctrinal critica esta decisión y considera

---

<sup>146</sup> Huerta, M. I., Rodríguez, D., p. 15.

<sup>147</sup> Cabanas, R., *“A vueltas con la calificación y la responsabilidad concursal”*, *Diario La Ley*, 2014, nº 8334, p. 10.

<sup>148</sup> Ribelles, J. M., ob. cit., p. 5.

<sup>149</sup> SAP de Barcelona 243/2014, de 9 julio de 2014 (FJ 4) (JUR 2014\238237).

<sup>150</sup> Ribelles, J. M., ob. cit., p. 5.

<sup>151</sup> Garnacho, L., ob. cit., p. 9.

que continúan dándose incoherencias. Los argumentos son variados: las deficiencias en la coordinación con las acciones societarias<sup>152</sup>, su aplicación en los supuestos de liquidación<sup>153</sup> o el absurdo que supone exigir de nuevo una relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, por estar ya ésta demostrada en el juicio de calificación<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Martínez, M., ob. cit., p. 699 y ss.

<sup>153</sup> Valenzuela, M. J., ob. cit., p.3.;

<sup>154</sup> Sebastián, R., "La calificación del concurso", En Sebastián, R. (Coord.), *Fundamentos de derecho empresarial : derecho concursal. IV*, Navarra, España, 2017, p. 249.

### 3. Coordinación con las distintas acciones de responsabilidad societaria en el concurso y distinción con la indemnización ex art. 172.2.3º LC.

La responsabilidad concursal juega en el mismo campo que las acciones de responsabilidad societaria, pues éstas consisten en exigir responsabilidad a los administradores bien por la omisión de unos deberes concretos inherentes al cargo como son el de solicitar la disolución de la sociedad, bien por las distintas actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de su cargo omitiendo la diligencia y deberes exigidos por la ley o los estatutos, causando un daño patrimonial, ya sea a la sociedad, sus socios o terceros.<sup>155</sup>

Por tanto, cuando las acciones societarias tienen por objeto actuaciones de administradores de una empresa declarada en concurso calificado como culpable, y dándose los demás presupuestos para que entre en juego la responsabilidad concursal, éstas precisan de una coordinación con la responsabilidad concursal que hasta ahora ha sido objeto de análisis con el fin, por un lado, de velar por el respeto del *principio non bis in idem*, lo cual supone delimitar la función y ámbito objetivo de cada una de las acciones para analizar cuándo hay complementariedad y cuándo hay solapamiento y por consiguiente incompatibilidad<sup>156</sup>. Por otro lado, tendrá también el fin de preservar el principio de la *par conditio creditorum* impidiendo que los acreedores cobren sus créditos al margen del procedimiento concursal, ni siquiera procediendo contra el patrimonio de los administradores.<sup>157</sup>

Así pues, si bien se trata de acciones con distinta finalidad y alcance, podrían darse duplicidades en situaciones donde coincide el ámbito objetivo de las acciones. Se trata de ver qué acciones son susceptibles de ejercicio, así como su competencia, legitimación y efectos para evitar la doble condena por la vía societaria y concursal<sup>158</sup>. Por otro lado, será necesario también establecer un orden de preferencia entre las acciones y ver qué efectos se dan sobre las acciones societarias en curso cuando entra en juego la legislación concursal, esto es, si queda suspendido su ejercicio hasta la finalización del concurso o si puede ejercerse de forma separada o independiente por tener un objeto distinto y no

---

<sup>155</sup> Martín, R., “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *ADCo*, 2012, nº 26, p.2.

<sup>156</sup> Quijano, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *RDCP*, 2015, nº 22, p. 2.

<sup>157</sup> Torrubia, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *RDM*, 2013, nº.287/2013, p. 16

<sup>158</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., pp. 1-2.

dañino para los fines del concurso. Existe una preferencia por la legislación concursal, que será la que sustituya a la societaria en caso de coincidir el supuesto de hecho y la que regulará los efectos que tiene la declaración del concurso sobre las acciones societarias en curso.

Al igual que con la naturaleza, el legislador tampoco ha sido claro a la hora de establecer los efectos sobre cada una de las acciones. Por ello, se analizará en esta segunda parte del trabajo la interpretación que la doctrina y jurisprudencia han hecho sobre la Ley y sus reformas a efectos de determinar la coordinación entre todas estas acciones en el seno del concurso, esto es, la posibilidad de ejercitarse dos acciones al mismo tiempo y el efecto sobre las ejercitadas con anterioridad a la declaración de concurso.

El problema comienza a aparecer tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003<sup>159</sup> en resoluciones como el Auto de 13 de diciembre de 2005<sup>160</sup>, el cual resuelve a favor de la suspensión durante el procedimiento concursal en base a la previsión del 60.3 LC, según el cual el plazo de prescripción de este tipo de pretensiones queda interrumpido en el tiempo que media entre la declaración del concurso y su conclusión. Así, la resolución considera este precepto indicativo de la necesidad de impedir su ejercicio o prosecución durante el procedimiento, al ser perturbador para la eficacia del procedimiento el hecho de otorgar a los acreedores la facultad de dirigirse frente a los administradores por la vía extra concursal para el cobro de sus respectivos créditos, al mismo tiempo que insinúan su derecho en el concurso. Esta línea doctrinal, si bien no prosperó en instancias superiores<sup>161</sup> tendrá su influencia en la reforma de 2011, la primera en aportar mecanismos expresos de coordinación entre todas las acciones.

Así pues, hasta la reforma de 2011 no existía regulación en el ámbito concursal que abordara directamente el tema de la coordinación entre acciones con distintas naturalezas, presupuestos y consecuencias jurídicas, pero con una misma finalidad genérica: la satisfacción de los acreedores<sup>162</sup>. Estas acciones de responsabilidad podían ser por daños, siendo éstas principalmente las acciones social e individual de responsabilidad, y por

---

<sup>159</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

<sup>160</sup> Auto Juzgado de lo mercantil nº 1 Oviedo, de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836).

<sup>161</sup> La propia resolución recién citada fue recurrida en apelación, siendo alzada la suspensión mediante el AAP de Asturias 136/2006, de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007\74658), y la STS 409/2013, de 20 junio de 2013 (RJ 2013\4378) viene a dar la razón a quienes no veían en la inicial redacción de la LC argumentos con peso suficiente para impedir su ejercicio paralelo (Vid en Muñoz, A., ob. cit., p. 570-580).

<sup>162</sup> Martín, R., ob. cit., p.17.

deudas, siendo ésta la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC.<sup>163</sup> La reforma posterior de 2014, a diferencia de los cambios que supuso en la interpretación de la naturaleza de la responsabilidad concursal, no alteró las relaciones entre la responsabilidad concursal y las societarias<sup>164</sup> por lo que nos centraremos en la primera reforma, la cual, como establece su preámbulo, está focalizada en armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad que pueden convivir durante el concurso.

### **3.1. Acciones de responsabilidad societaria.**

#### **3.1.1 Acciones de responsabilidad por daños.**

La calificación de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de corte indemnizatorio da lugar a duplicidades entre ésta y las acciones societarias orientadas a la consecución del mismo resultado, siendo ésta la reparación del daño causado a la sociedad concursada y, con ello, lograr la satisfacción de sus acreedores.<sup>165</sup>

Entre éstas nos encontramos con la acción individual y social, las cuales se diferencian en el fin perseguido por cada una de ellas. Así, mientras la segunda tiende a la protección del bien colectivo o interés de la sociedad, la primera se dirige a reparar el daño causado al propio particular que la ejercita. Sin embargo, ambas acciones se configuran como resarcitorias, precisándose de una relación de causalidad entre el daño producido y la conducta para su aplicación.<sup>166</sup>

##### **3.1.1.1. Acción social de responsabilidad (238-240 LSC).**

Según la Ley Concursal vigente, la acción social presenta plena compatibilidad con el procedimiento concursal, de forma que la apertura de éste no obstaculiza el inicio o prosecución de la misma. Ello resulta lógico si se atiende a la función de esta acción: la reintegración del patrimonio social dañado por los administradores, pues éste es ahora la masa activa del concurso y conviene en su interés emplear cualquier instrumento dirigido a su restitución<sup>167</sup> como lo es la acción social, dirigida a nutrir el patrimonio de la sociedad

---

<sup>163</sup> Torrubia, B., ob. cit., , p. 12

<sup>164</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 3.

<sup>165</sup> Martínez, M., ob. cit., pp. 696-697.

<sup>166</sup> Martín, R., ob. cit., p. 3.

<sup>167</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 4.

y cuya titularidad, independientemente del legitimado para su ejercicio, es de la sociedad, siendo ésta la que recibirá el importe en caso de condena.<sup>168</sup>

Sin embargo, la “vis atractiva” del concurso tiene efectos también sobre esta acción, operando sobre su competencia y legitimación.

Respecto a la competencia, ésta corresponderá al juez del concurso de forma exclusiva y excluyente conforme al art. 8.6º LC. Si bien su inicial redacción presentaba problemas por la estrecha franja temporal establecida, al incluir solamente las acciones ejercitadas por daños causados en el curso del procedimiento, ello acabó siendo corregido por el legislador al añadir los daños “cualquiera que sea la fecha en que se hubieren producido”.<sup>169</sup>

Respecto a la legitimación, si bien en un inicio se reconocía a la administración concursal una legitimación directa e independiente de la reconocida en la legislación societaria - la cual legitimaba a la sociedad mediante acuerdo favorable de la junta general y, subsidiariamente, a socios titulares de al menos un 5% del capital social y acreedores en caso de no ser ejercida por ninguno de los sujetos anteriores y resultar el patrimonio social insuficiente para la satisfacción de sus créditos-, esta legitimación pasó a ser exclusiva con la reforma de 2011 <sup>170</sup>. Así, el resto de legitimados únicamente podrían abrir el procedimiento antes de la declaración del concurso y, en caso de posterior apertura, se daría su acumulación de oficio al concurso siempre que se encontraran en primera instancia y sin haber finalizado el acto del juicio o vista, en virtud del art. 51 LC introducido por la misma reforma. Esto significa que frente a la regla general que dicta la continuación de los juicios declarativos ante el mismo Tribunal, estos procedimientos pasan a manos del juez del concurso manteniendo el procedimiento por el que se viniera sustanciando y los posibles recursos.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup>García Cruces, J. A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, *ADCo*, 2013, nº 28, p.35.

<sup>169</sup>Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 4.

<sup>170</sup> Quijano, J., “Coordinación” ob. cit., p. 5.

<sup>171</sup>Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p.5.

Estos artículos no dejan duda sobre la posibilidad de ejercitar esta acción durante el procedimiento concursal y, en base a ello, entiende la doctrina que el artículo 60.2 LC, que trata sobre la interrupción de la prescripción, no es aplicable a esta acción<sup>172</sup>.

Por consiguiente, puede darse la concurrencia entre ambas acciones toda vez que el administrador lleva a cabo un incumplimiento que deriva en un daño para la sociedad y, al mismo tiempo, en la generación o agravación de insolvencia<sup>173</sup>. Sin embargo, las acciones son complementarias entre sí y no excluyentes<sup>174</sup>, estando ambas al servicio de una función reintegradora del patrimonio concursal<sup>175</sup>. Únicamente se daría la exclusión en el caso extremo de que el ejercicio de la acción social supusiera una reintegración total de la masa activa, lo que haría decaer la base material sobre la cual se ejerce la acción de responsabilidad concursal, cuya finalidad es precisamente la cobertura del déficit.<sup>176</sup>

Asimismo, se trata de regímenes alternativos, no cumulativos. De este modo, en caso de interponerse una acción social con anterioridad a la condena a la cobertura del déficit, ésta última sería el régimen subsidiario y el juez del concurso no podría exigirla salvo para el exceso de déficit no cubierto por la primera, con el fin de evitar la doble responsabilidad. Si por el contrario la condena por responsabilidad concursal es previa a la interposición de la acción social por considerar que hay daños pendientes de resarcimiento, la consiguiente condena no deberá incluir la parte ya satisfecha por la indemnización por los créditos concursales fallidos<sup>177</sup>. En otras palabras, los supuestos recién planteados constituyen hipótesis de cruzamiento material entre los objetivos de ambas acciones que son, la reparación de daños a la sociedad - en el caso de la acción social - y el pago de deudas de la sociedad - en el caso de la acción de responsabilidad concursal -. Por ello, cuando se dan supuestos de concurrencia entre ambas acciones éstas deben tenerse en cuenta mutuamente, pues cuando los administradores pagan deudas de la sociedad están al mismo tiempo reparando de forma indirecta el daño causado a su

---

<sup>172</sup> Morales, J., “La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español”, *Revista de Derecho*, 2017, nº 21, p. 11.

<sup>173</sup> Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p.11.

<sup>174</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 6.

<sup>175</sup> Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p.11.

<sup>176</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 6.

<sup>177</sup> Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p. 12.

patrimonio, y cuando reparan el daño están facilitando el pago de las deudas por el consiguiente aumento de la masa activa que implica la indemnización<sup>178</sup>.

Como vemos, existe un riesgo de confusión y solapamiento generado por la posibilidad de ejercicio de la acción social durante el concurso. Por ello, toda vez que estas acciones recaen sobre los mismos hechos, se requiere una oportuna coordinación entre éstas. Ante la ausencia de una coordinación legal, debe llevarse a cabo una coordinación de hecho por el juez y administradores concursales, pues al ser éstos los principales legitimados en la responsabilidad concursal y los únicos en la social, deberán decidir sobre la pertinencia de ejercitar ambas acciones, sólo una de ellas o ninguna<sup>179</sup>.

Por último, resulta interesante añadir algunas críticas que han hecho diversos autores sobre el sistema de coordinación recién expuesto. Por un lado, se considera desafortunada la restricción en el ámbito de la legitimación ya que limita la operatividad de un mecanismo de reintegración de la masa activa y, por consiguiente, de tutela indirecta de los acreedores. Se argumenta además que reconocer ambas legitimaciones no supone un perjuicio para la posición de la administración concursal, pues ni siquiera perjudica el interés del concurso si la primera decide no ejercitarla y lo hace el resto. Asimismo, una mayor legitimación activa no sólo eleva las expectativas de satisfacción del crédito sino que por tratarse de una acción patrimonial y no personal su ejercicio estaría supeditado a la autorización de la administración concursal, por lo que se respeta su papel trascendental.<sup>180</sup>

Por otro lado, existen autores que consideran que la verdadera coordinación se daría con el sistema de doble naturaleza que se daría en caso de configurarse la responsabilidad concursal como sancionadora, de forma que se impondría de forma motivada en los casos más graves de concurso culpable. Así, a pesar de coincidir los presupuestos y del éxito de ambas acciones no se daría nunca la doble condena, siendo la insolvencia el daño objeto de reparación para la acción social, y un mero presupuesto para la acción de responsabilidad concursal que atendería a una finalidad distinta, como es la sanción por la conducta de los administradores.<sup>181</sup> Así, con la sanción se reduciría o eliminaría el

---

<sup>178</sup> Quijano, J., “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *RDCP*, 2009, nº 10, p. 14.

<sup>179</sup> Martínez, M., ob. cit., pp. 697-698.

<sup>180</sup> Hernando, J., p. 311.; Pardo, J. M., ob. cit., p. 338.

<sup>181</sup> García-Cruces, J. A., ob. cit., p. 46.

déficit, pudiendo la administración concursal decidir sobre el ejercicio de la acción social cuando ello fuera oportuno.<sup>182</sup>

### **3.1.1.2. Acción individual de responsabilidad (241 LSC).**

Se trata de una acción ejercida frente al administrador social por un socio o tercero que ha sufrido un daño como consecuencia de su actuación. No basta con que el daño sea común (aunque éste pueda individualizarse), ni con un patrimonio social insuficiente, ni con una mala gestión global. Para que pueda ejercerse esta acción debe probarse un daño personal y directo derivado de un comportamiento de los administradores específicamente relacionado con ese resultado, es decir, una especie de actuación discriminada con impacto directo sobre los intereses de los perjudicados.<sup>183</sup>

La Ley Concursal guarda completo silencio en cuanto a esta acción, sin estar ésta permitida ni prohibida de forma expresa.<sup>184</sup> Este vacío legal ha suscitado una controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de su posible ejercicio durante el concurso y los efectos que la declaración tiene sobre los procesos promovidos por este tipo de acciones.

Una parte de la doctrina se inclina hacia la suspensión de su ejercicio y prosecución tras la declaración del concurso, al considerar que esta acción constituye un obstáculo para lograr los fines del concurso y una vulneración del principio de igualdad de trato entre los acreedores. A esta conclusión llegan argumentando que la condena resultante de esta acción puede incluir la deuda de la sociedad, convirtiéndose ésta entonces en un instrumento al servicio de los acreedores para que exijan a los administradores lo que les debe la sociedad, de forma que podrían obtener el cobro por vía extra concursal. Asimismo, razonan que la interrupción de la prescripción prevista en el 60.2 LC afecta a estas acciones, lo que es indicativo de que no pueden ejercitarse mientras dure el concurso, puesto que de lo contrario los acreedores verían aumentado el plazo de prescripción sin justificación alguna.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup>Martínez, M., ob. cit., p. 698.

<sup>183</sup> Quijano, J., “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *RDCP*, 2009, no 10, p. 17

<sup>184</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 6.

<sup>185</sup> En este sentido, Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p. 14; Morales, J., “*La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*”. Valencia, España, 2013, p.220.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y jurisprudencia abogaba por el ejercicio paralelo de esta acción durante el procedimiento, al considerar que la finalidad de la misma es reparar el daño causado directamente al acreedor o al socio, por lo que queda al margen del concurso y no interfiere en el mismo.<sup>186</sup> En otras palabras, este sector razona que no hay solapamiento ni obstáculo para el desarrollo de los fines del concurso, pues esta acción se dirige contra los administradores y no contra la sociedad que es la que está en concurso. Por tanto, al no hacerlo en concepto de acreedor concursal sino como tercero, no se altera la *par conditio creditorum*, principio que no cabe que se extienda más allá del concurso y afecte a créditos ajenos al mismo.<sup>187</sup>

Así, el crédito que ostentan en concepto de reparación del daño no puede calificarse como concursal, y tampoco afectan a la masa activa - pues se ejerce contra el patrimonio del administrador - ni pasiva ya que, por mucho que el daño indemnizado coincida con un crédito reconocido en el concurso, el administrador no está pagando un crédito concursal sino atendiendo al resarcimiento de un daño causado directamente por él y que puede ser manifestado mediante la insatisfacción del crédito. Por ello, no parece que la declaración de concurso deba desplegar afecto sobre ella.<sup>188</sup>

También interpretan el silencio legal como favorable a su ejercicio en base a que si la ley quisiera lo contrario, lo habría manifestado expresamente como con la acción del 367 LSC, la cual se analizará en el siguiente punto. Otro argumento que alegan a su favor hace referencia al proceso de tramitación de la reforma de 2011, donde se rechazó la propuesta que planteaba para la acción individual la misma acumulación al concurso prevista para la acción social, lo que consideran indicio de la voluntad del legislador de dejar la acción exenta de afectaciones concursales. Además, defienden esta exención no sólo en términos de acumulación sino de suspensión del plazo de prescripción, pues llevan a cabo una interpretación distinta del artículo 60.2 LC. En efecto, puesto que éste no dispone expresamente su aplicación a la acción individual, consideran que una interpretación indiscriminada llevaría a incluir también la acción social, la cual como ya hemos visto, sí puede ejercitarse durante el concurso<sup>189</sup>. No obstante, también dentro de este sector hay

---

<sup>186</sup> Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p. 14.

<sup>187</sup> En este sentido, Quijano, J. “Coordinación...”, ob. cit., p. 7; García-Cruces, J. A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”. *ADCo*, 2013, nº 28, p. 47; Pardo, J.M., ob. cit., p. 342.

<sup>188</sup> García-Cruces, J. A., “Declaración de...”, ob. cit., p. 37. ; Hernando, J., ob. cit., p. 315.

<sup>189</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 6.

quien acepta la suspensión del plazo de prescripción a pesar de que el ejercicio de la acción no se vea interrumpido.<sup>190</sup>

El problema de esta postura, que lleva a parte de la doctrina a decantarse por la suspensión de la acción durante el concurso, es el posible empleo de la acción de forma desviada, bajo la pretensión de que los administradores asuman las deudas de la sociedad y, con ello, escapar del concurso y cobrar su crédito extra concursalmente. De esta forma, la responsabilidad por daños pasa a ser una responsabilidad por deudas que puede obstaculizar el desarrollo de los fines del concurso, además de cuestionar la efectividad del principio de la *par conditio creditorum* y de la responsabilidad concursal ya que, al contrario que la acción social, la cual reintegra la masa activa, esta acción permite fugas que disminuyen el alcance de la dicha responsabilidad. Todo ello ocurre cuando hay una convergencia material entre daño y deuda, pues muchas veces se admite ésta como criterio de determinación cuantitativa del daño.<sup>191</sup>

En resumen, este sector postula que la acción individual puede ejercerse durante el concurso siempre que persiga su finalidad típica, consistente en reclamar un daño y no en cobrar un crédito.<sup>192</sup> Por tanto, se trata de una acción excepcional, empleada solo para obtener la indemnización del perjuicio concreto causado por el administrado.<sup>193</sup> Así, considera este sector que la total falta de previsión en la legislación concursal es coherente con el significado material de la acción, cuyos efectos recaerán sobre el administrador y no sobre la masa activa del concurso.<sup>194</sup> Asimismo, es importante tener en cuenta que en la acción individual se paga una deuda propia, no ajena, por lo que no tendrá derecho de repetición frente a la sociedad.<sup>195</sup>

No obstante, ambos sectores coinciden en la necesidad de mejorar la técnica legislativa, si bien consideran que esa mejora debe ir en direcciones distintas: los primeros sostienen que la ley debe evolucionar hacia la prohibición expresa del ejercicio de la acción, mientras que los segundos dicen de lege ferenda que el juez del concurso debe ser el competente de estas acciones para una mejor coordinación con la responsabilidad

---

<sup>190</sup> En este sentido, Asenjo, E., ob. cit., p. 11; Pardo, J. M., ob. cit., p. 359.

<sup>191</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 7; Quijano, J., “Responsabilidad societaria...”, ob. cit., p. 16.

<sup>192</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 7.

<sup>193</sup> Beltrán, E., ob. cit., p. 231.

<sup>194</sup> García-Cruces, J. A., “Declaración...”, ob. cit., p. 56.

<sup>195</sup> Pardo, J. M., ob. cit., p. 370.

concurzal. De esta forma, el juez puede otorgar prioridad a la responsabilidad concurzal y tan sólo exigir la responsabilidad individual en los daños no cubiertos por la primera.<sup>196</sup>

La jurisprudencia se ha decantado a favor de la segunda postura en resoluciones como la STS, de 22 de diciembre de 2014<sup>197</sup>, en la cual se afirma la inmunidad de la acción individual frente al concurso al exponer que ésta “puede ser ejercitada por los terceros perjudicados, ante el juez mercantil que corresponda, al margen del concurso de acreedores”. Sin embargo, respecto a los efectos del concurso sobre la interrupción de la prescripción se decanta a favor de la primera postura, pues defiende que “La interrupción de la prescripción no va ligada necesariamente a la suspensión o paralización de la acción (...). En estos casos, la justificación del efecto interruptivo de la prescripción es distinto, y guarda relación con la conveniencia de que los terceros afectados, en nuestro caso acreedores de la sociedad, esperen a lo que pudiera acontecer en el concurso (...), y también al conocimiento de las conductas o comportamiento de los administradores que pudieran justificar la responsabilidad”.

Respecto al juez competente para conocerla, ni el art. 8.6 LC ni el 51 LC conducen a su iniciación o acumulación al concurso, por lo que la acción se sustanciará por el procedimiento ordinario y bajo la jurisdicción del juez que corresponda, sin acumulación al concurso. Al no ser el juez del concurso competente para conocer de esta acción, la doctrina aboga por la comunicación entre juzgadores para que la indemnización del daño sea tenida en cuenta y compensada con la satisfacción del crédito, con el fin de evitar duplicidades.<sup>198</sup>

Respecto a la legitimación activa, ésta corresponde a los socios o terceros, y cuando éste tercero es un acreedor es cuando la condena tiene relevancia para la situación concurzal de la sociedad. Puesto que el administrador celebra los contratos en nombre y por cuenta de la sociedad, no responde normalmente de éstos, no obstante, cuando el acreedor no ve satisfecho su crédito como consecuencia del comportamiento del administrador, podrá dirigir la acción individual de responsabilidad frente a éste.<sup>199</sup> Así pues, cuando el administrador lleva a cabo una intromisión ilícita en las relaciones sociedad-acreedores y causa un daño, se da una coincidencia objetiva entre daño y deuda. En este punto vuelve

---

<sup>196</sup> Morales, J., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 461 y 463.

<sup>197</sup> STS 737/2014, de 22 de diciembre de 2014 (FJ 7) (RJ 2014\6885)

<sup>198</sup> Martínez, M., ob. cit., p. 699; Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 8

<sup>199</sup> Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p.10.

a dividirse la doctrina, pues unos abogan por la posibilidad de doble resarcimiento mientras otros consideran que no existe tal riesgo.

En efecto, los primeros consideran que el importe obtenido por los acreedores vía acción individual será tenido en cuenta a la hora establecer la responsabilidad concursal, pues la reducción del déficit supondrá una minoración de la consiguiente condena a la cobertura del mismo. Así, si la deuda es superior al daño serán acreedores concursales por ese exceso y, por consiguiente, beneficiarios de la responsabilidad concursal. En caso contrario, esto es, si el daño es superior a la deuda, tendrán derecho a la reparación total como acreedores individuales de los administradores, al margen del concurso. Lo contrario daría lugar a un doble pago que, si bien por distinto concepto, derivaría en un enriquecimiento injusto de los acreedores contractuales y concursales.<sup>200</sup>

En cambio, los segundos consideran que la responsabilidad por daño directo no puede identificarse con la responsabilidad por deudas. Así, argumentan que el administrador lleva a cabo actuaciones que deben calificarse como *delicti* y a su vez generan responsabilidad frente al dañado, de forma que el perjudicado dispone de dos vías de reclamación fundadas en sus respectivos títulos, que se derivan de hechos y presupuestos distintos.<sup>201</sup>

Por último, cabe remarcar que la consolidación de la responsabilidad concursal como resarcitoria da lugar a un sistema de coordinación que encierra ciertas paradojas, pues deja fuera del concurso acciones con las que no comparte naturaleza como es la del 367 LSC, mientras que mantiene inmune aquella con la que presenta mayor semejanza.<sup>202</sup>

### **3.1.2. Acciones de responsabilidad por deudas.**

#### **3.1.2.1. Acción ex. Art. 367 LSC.**

La responsabilidad prevista en el 367 LSC es aquella que deriva del incumplimiento de dos concretas obligaciones: la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando existe causa legal para ello, y la de solicitar el concurso cuando la sociedad no pueda hacer frente a sus obligaciones exigibles, es decir, cuando esté en situación de insolvencia. Puesto que se trata de una responsabilidad de carácter sancionador, no es

---

<sup>200</sup> Quijano, J., “Responsabilidad societaria...”, ob. cit., p. 18.

<sup>201</sup> Pardo, J. M., ob. cit., pp. 366-367.

<sup>202</sup> Muñoz, A., ob. cit., p. 599.

necesaria la prueba del daño para su aplicación sino únicamente constatar el incumplimiento de dichos deberes legales.<sup>203</sup> Sin embargo, el carácter sancionador presenta un matiz jurisprudencial que establece la necesidad de valorar las circunstancias del incumplimiento y la actitud de los administradores, por lo que en realidad se configura como una responsabilidad cuasi objetiva, la cual deriva del incumplimiento de un deber legal, pero sin ser exigible en la medida que los administradores prueben su ausencia de culpa.<sup>204</sup>

Así pues, se trata de una asunción de responsabilidad por deudas ajenas que deriva de una conducta omisiva imputable a los administradores por mandato legal, alcanzando las deudas sociales posteriores al incumplimiento por las que responderán de forma solidaria con la sociedad. Asimismo, la finalidad que persigue no es solo la de garantía por el hecho de reforzarse el crédito de los acreedores<sup>205</sup> sino preconcursal<sup>206</sup>, pues pretende evitar el concurso y disuadir a los administradores de llegar a la insolvencia obligando a la disolución antes de llegar a ésta, bajo la amenaza de responder personalmente de las obligaciones sociales.<sup>207</sup>

Entre esta acción y la de responsabilidad concursal existía un solapamiento material que la ley no contemplaba derivado de la coincidencia de objetivos, pues ambas buscaban hacer responsables a los administradores de las deudas de la sociedad: en el caso de la responsabilidad societaria, aquellas contraídas tras concurrir la causa de disolución, y en el caso de la concursal, los créditos no satisfechos tras liquidación de la masa activa<sup>208</sup>. Asimismo, a pesar de no tener los mismos presupuestos, ya que en la primera se comprueba únicamente el incumplimiento mientras que la segunda exige valorar si éste ha generado o agravado el déficit, suele presumirse que la insolvencia deriva de dicho incumplimiento.<sup>209</sup> Ello podía derivar en un trato desigual de los acreedores en función del instrumento utilizado, incluso provocar supuestos de doble pago. Con la reforma de 2011 pasó a regularse expresamente una coordinación entre ambas responsabilidades a

---

<sup>203</sup> Martín, R., “La concurrencia...”, ob. cit., pp. 8-9.

<sup>204</sup> En este sentido, la STS de 22 noviembre de 2006 (FJ 2) (RJ 2007,35) señala el deber de atender a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes; y la STS de 1 de Junio de 2009 (FJ 6) (RJ 2009, 4315), establece que no vale la mera diligencia sino una acción significativa para evitar el daño.

<sup>205</sup> Martín, R., ob. cit., p. 9.

<sup>206</sup> Si bien hay quien piensa que esta función viene eclipsada por la función represiva que busca lograr la efectiva disolución de la sociedad, como establece García Cruces, J.A., “Ejercicio...”, ob. cit., p.254

<sup>207</sup> Asenjo, E., ob. cit., p. 3.

<sup>208</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p.7.

<sup>209</sup> Asenjo, E., ob. cit., p.7.

través de los artículos 50 y 51 bis LC.<sup>210</sup> Así, el legislador optó por la inadmisión - en caso de ser el concurso previo a la demanda - o suspensión - en caso de ser la demanda previa al concurso - de la acción de responsabilidad por deudas durante el concurso, con el fin de evitar un conflicto no procesal sino material, inclinándose por dar preferencia a la responsabilidad concursal sobre la que beneficia al acreedor singular, evitando que estos escapen de la *par conditio creditorum*.<sup>211</sup> Así, la eficacia del art. 367 LSC dependerá de las resultas del concurso ya que, al estar dirigida la acción al pago del crédito, el importe se reducirá proporcionalmente a la condena a la cobertura del déficit.<sup>212</sup> En base a esto, la interrupción de la prescripción en esta acción adquiere pleno sentido, pues alcanzará la parte pendiente de pago tras el concurso de las obligaciones contraídas tras concurrir la causa de disolución.<sup>213</sup>

No obstante, el legislador no ha sido claro a la hora de configurar el efecto impeditivo o suspensivo, pues los preceptos hacen referencia únicamente al deber de promover la disolución sin mencionar el deber de promover el concurso. Esto ha llevado a interpretaciones diversas en la doctrina:

Existe un sector que consideran que lo más lógico es hacer una interpretación sistemática y finalista basada en la remisión implícita que estos artículos de la reforma hacen al 367 con el fin de desactivar la responsabilidad preconcursal de la responsabilidad societaria.<sup>214</sup> Entre otros motivos, se considera que el 367 LSC carece de fundamento en el ámbito del concurso, al tratarse de un supuesto ya contemplado con la misma función represiva o preventiva para la calificación del concurso como culpable, así como para la fundamentación de la responsabilidad por déficit concursal. Así, se mantendría para el mismo supuesto una doble amenaza para lograr el mismo objetivo de política legislativa, siendo éste evitar que se mantengan en el tráfico sociedades en insolvencia, dando lugar a un solapamiento innecesario que puede chocar con el principio *non bis in idem* y provocar solicitudes rápidas e irreflexivas de concurso en lugar de considerar alternativas extraconcursoales o preconcursales que salven la sociedad.<sup>215</sup>

---

<sup>210</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 8.

<sup>211</sup> Muñoz, A., ob. cit., p. 598.

<sup>212</sup> Asenjo, E., ob. cit., p. 6.

<sup>213</sup> Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p.8.

<sup>214</sup> Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., p. 62.

<sup>215</sup> Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., p. 65; Quijano, J., “Coordinación...”, ob. cit., p. 8.

Otro sector en cambio opina que lo más acertado es partir del tenor literal del artículo, el cual obliga a entender que el efecto impeditivo se circunscribe únicamente al ámbito de la disolución, resultando pertinente la reclamación del pago en caso de que el deber incumplido sea el de solicitar el concurso.<sup>216</sup> Existe también quien se mantiene en una posición neutral al considerar que la exclusión no parece intencionada pero que sin embargo, la literalidad de la norma otorga una argumentación consistente tendente a la viabilidad de una acción de reclamación por incumplimiento del deber de instar el concurso.<sup>217</sup>

La concurrencia entre ambas acciones depende del tipo de insolvencia. Si se trata de una insolvencia actual la solicitud de concurso es obligatoria, lo cual no exonera de la responsabilidad por no disolución si debieron haberla promovido antes de entrar en dicha insolvencia. En cambio, cuando ésta es inminente es posible la declaración de concurso como cumplimiento alternativo a la disolución pero no como obligación, por lo que la responsabilidad concursal será inexistente. Así, sólo en el primer supuesto se dispondrá de ambas vías, societaria y concursal, siendo más ventajosa para los acreedores la primera ya que supone no someterse a la *par conditio creditorum*<sup>218</sup>. En caso de solicitar el concurso ante simples pérdidas significativas sin concurrir ningún tipo de insolvencia, será de aplicación la responsabilidad por no disolución. Esto se debe a los costes que supone el concurso, unido a la consideración de este supuesto como un fraude de ley orientado a evitar dicha obligación, lo cual se sanciona con la aplicación de la norma eludida.<sup>219</sup>

A diferencia de la acción individual, aquí sí habrá derecho de repetición de los administradores por subrogación en la posición de los acreedores concursales frente a la sociedad, pues han pagado una deuda propia de ésta y no bajo la forma de daño por culpa propia. No obstante, en los supuestos en que el concurso finalice en liquidación no podrá repetir contra la sociedad deudora, por lo que repetirá contra los administradores condenados por la parte proporcional de la responsabilidad. Asimismo, es importante

---

<sup>216</sup>García Cruces, J. A., “Declaración de...”, ob. cit., pp. 58-59; Pardo, J. M., ob. cit., p. 424.

<sup>217</sup> Hernando, J., ob. cit., p.317.

<sup>218</sup>Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p.9

<sup>219</sup>Asenjo, E., ob. cit., p.6.

también tener en cuenta que este derecho puede perderse por aplicación del 172.2.3° LC.<sup>220</sup>

Por otro lado, parte de la doctrina asimila esta responsabilidad a la del garante personal, donde el concurso es irrelevante para hacer efectiva su responsabilidad y subrogarse éste en la posición del acreedor satisfecho. Desde este punto de vista, hacen una comparativa con la responsabilidad ex art. 367 LSC para establecer que la única diferencia está en la causa, pues en la primera reside en la autonomía de la voluntad y en la segunda tiene su origen en una sanción civil establecida por la ley. Así pues, en base al diferente trato de situaciones tan similares, y con más motivo cuando la figura del garante coincide con la del administrador, defienden que no sólo no supone un perjuicio para el interés del concurso equiparar ambas responsabilidades sino que ello reportaría en todo caso ventajas cualitativa y potencialmente cuantitativas. Las primeras, debido a que la subrogación del administrador, al ser persona especialmente relacionada con el concursado, derivaría en la calificación del crédito como subordinado; las segundas se darían en caso de calificación culpable del concurso, pues el administrador perdería el derecho de crédito conforme al 172.2.3° LC.<sup>221</sup>.

A pesar de ello, algunos apoyan la reforma por no considerar deseable el solapamiento entre un régimen paraconcursal y otro concursal de responsabilidad, además de considerar que ello supondría un riesgo de deterioro del patrimonio personal de los administradores que frustraría las expectativas y efectividad relativas a la responsabilidad concursal.<sup>222</sup>

Otros en cambio no consideran razonable una decisión legislativa que inhibe los mecanismos de protección de un interés público y sin embargo preserve los de los intereses privados.<sup>223</sup> También se considera la decisión desmesurada para el fin que trata de evitar - frustrar la efectividad de la responsabilidad concursal - y se reclama un enfoque más realista, ya que ello depende de demasiadas eventualidades cuya probabilidad de que ocurran todas a la vez es baja.<sup>224</sup> Además, ese eventual riesgo de vaciamiento del patrimonio de los administradores tiene ya otros mecanismos que lo cubren como el embargo preventivo del 48 ter LC. Éstos por tanto consideran la reforma como una

---

<sup>220</sup> Quijano, J., “Responsabilidad...”, ob. cit., p. 24; Morales, J., “La coordinación...”, ob. cit., p.8.

<sup>221</sup> García Cruces, J.A., “Ejercicio...”, ob. cit., p. 279-281; García Cruces J. A., “Declaración...” ob. cit., pp. 60 y ss; Hernando, J., ob. cit., p. 317-325.

<sup>222</sup>Ruiz, P., Barber, L., ob. cit., p. 60 y ss.

<sup>223</sup> García Cruces, J. A., “Ejercicio...”, ob. cit., p. 281-282.

<sup>224</sup> García Cruces, J. A. “Declaración...”, ob. cit., p. 63.

solución innecesaria que corta de raíz el derecho de los acreedores a emplear un instrumento en defensa de sus intereses. Asimismo, establecen que la acción no opera solo en caso de pérdidas graves sino en supuestos que nada tienen que ver con la situación económica como son la paralización órganos sociales o la imposibilidad de conseguir el fin social. Por todo ello, proclaman que la coordinación óptima estaría en la imposición al acreedor del deber de comunicación previa a la administración concursal de su intención de demandar, otorgándole un plazo suficiente para adoptar las medidas de protección necesarias.<sup>225</sup>

### **3.2. Acciones de responsabilidad concursal.**

#### **3.2.1. Distinción con la indemnización por daños y perjuicios del 172.2.3º LC.**

La acción de responsabilidad por daños recogida en el 172.2.3º LC es aquella dirigida a los afectados por la calificación culpable del concurso, así como las declaradas cómplices, con el fin de imponer a éstos la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al patrimonio del deudor que sean objetivamente imputables a una conducta llevada a cabo por éstos, consistente bien en la disminución del activo, o bien en el incremento fraudulento del pasivo, por lo que tiene una función reintegradora.<sup>226</sup>

La responsabilidad exigida por esta disposición es genérica, pues el precepto no distingue entre daños directos o indirectos, ni entre los intereses de la sociedad, socios, terceros o acreedores<sup>227</sup>. Asimismo, su naturaleza es resarcitoria, pudiendo ésta sumarse a las exigidas por vía de la legislación societaria<sup>228</sup>, de las cuales se diferencia principalmente en su motivación jurídica: mientras la primera encuentra su fundamento en la generación o agravación de la insolvencia, las últimas se justifican en el daño generado por un concreto ilícito, ya sea por vulneración de la ley, los estatutos o por falta de diligencia debida, lo que implica que tiene marco de aplicación más amplio, pues no toda conducta que engloba desemboca en la generación o agravación de la insolvencia.<sup>229</sup>

Sin embargo, la distinción importante debe realizarse respecto de la responsabilidad concursal, pues la última reforma les ha llevado a compartir naturaleza indemnizatoria y,

---

<sup>225</sup> Hernando, J., ob. cit., pp. 318-325; García Cruces, J.A., “Declaración...”, ob. cit., p. 290.

<sup>226</sup> Marín de la Bárcena, F., “Responsabilidad...”, ob. cit., p. 129

<sup>227</sup> Valenzuela, M. J., ob. cit., p. 3.

<sup>228</sup> Pardo, J.M, ob. cit., p. 58

<sup>229</sup> Martín, R., ob. cit., p.12

por consiguiente, resulta importante justificar las diferencias que permiten concluir que no son preceptos redundantes:

En primer lugar, la distinción principal está en el daño indemnizable, pues el art. 172.2.3º condena tanto a la devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente de la sociedad concursada, como a la indemnización de los daños o perjuicios causados por dicha actuación, mientras que el 172 bis condena a reparar el daño causado en la medida que su conducta ha generado o agravado la insolvencia de la sociedad<sup>230</sup>. Además, en la responsabilidad concursal el juez modera la condena en función del grado en que la conducta ha incidido en la insolvencia, mientras que en el ámbito societario los administradores responden de forma solidaria frente al que reclame el daño.<sup>231</sup>

Asimismo, existen diferencias en los sujetos responsables, ya que el 172 bis no alcanza a los cómplices mientras que la indemnización de daños y perjuicios sí; en los supuestos de aplicación, ya que la indemnización de daños y perjuicios es aplicable tanto en caso de convenio como en liquidación mientras que la responsabilidad concursal se da sólo en el último caso; en la eficacia, ya que la del art. 172.2.3.º es directa mientras que el 172 bis es subsidiario, pues opera sobre los créditos pendientes de satisfacción tras la liquidación; y por último en su aplicación, ya que en el art. 172 bis operan todas las presunciones mientras que la indemnización de daños y perjuicios requiere un tipo de resultado o un tipo de mera actividad que haya producido un resultado dañoso.<sup>232</sup> Es importante completar este último punto aclarando que, en el caso de la responsabilidad concursal, sí es necesaria una relación entre el comportamiento de los administradores y el daño causado a los acreedores, pero ésta no es tan precisa y directa como la del art. 172.2.3º, tratándose de un nexo indirecto propio de una responsabilidad “de masa o frente a la masa”.<sup>233</sup>

No obstante las diferencias, ambas responsabilidades pueden confundirse toda vez que el concurso se califica como culpable, finaliza en liquidación y la conducta provoca un daño susceptible de valoración económica. No obstante, esta confusión es más conceptual que

---

<sup>230</sup> Pardo, J. M., ob. cit., p. 58

<sup>231</sup> Martín, R., ob. cit., p. 12

<sup>232</sup> Valenzuela, M. J., ob. cit., p. 3.

<sup>233</sup> López, A., ob. cit., p. 5.

material ya que en caso de coincidir ambas, el 172 bis se aplicaría de forma subsidiaria, excluyendo lo pagado vía 172.2.3º.<sup>234</sup>

La finalidad conjunta del ordenamiento jurídico es eliminar todas las consecuencias negativas que hayan podido sufrir los acreedores como consecuencia de la actuación de los administradores.<sup>235</sup>

#### **4. Conclusión.**

Tras el análisis de las distintas reformas, así como de la evolución de la doctrina y jurisprudencia, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Respecto a la cuestión relativa a la naturaleza, parece que el debate se ha calmado ante la introducción del nuevo inciso incorporado por la reforma de 2014. Con este cambio el legislador se ha decantado por la postura indemnizatoria, posicionándose en sentido contrario a la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en ese momento. No obstante, la cuestión no ha sido clarificada del todo, pues la reforma ha incidido en ésta de forma parcial sin tener en cuenta todo el sistema.

Por un lado, el silencio respecto al régimen transitorio obliga a seguir mirando atrás con el fin de examinar si la reforma ha resultado ser innovadora o simplemente clarificadora para determinar la posible retroactividad y, con ello, el régimen aplicable. Por otro lado, la reforma parcial ha generado una serie de discordancias en el propio precepto, el cual configura actualmente dos criterios distintos para determinar la condena. Así, ésta se determinará según el grado en que “la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, mientras que si son varios los condenados se individualizará “de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”, lo cual no resulta coherente.

Por último, la mera decantación por la tesis indemnizatoria deja en el aire muchas incoherencias ya resaltadas por los partidarios de la tesis sancionadora, tanto en el resto de la legislación concursal como en su relación sistemática con el derecho de sociedades: la limitación de su aplicación a los casos de concurso culpable y liquidación, la ausencia de legitimación activa del que sufre el daño - la sociedad -, la estrecha relación con la

---

<sup>234</sup> Valenzuela, M. J., ob. cit., p. 3.

<sup>235</sup> Marín de la Bárcena, F., “Responsabilidad...”, ob. cit., p. 131.

responsabilidad objetiva del 367 LSC o el daño indemnizado ya cubierto por la legislación concursal y societaria, unido al hecho de que se trata de un régimen más benévolo por requerir unos presupuestos más agravados para su aplicación. Este último punto hace la responsabilidad innecesaria y redundante respecto a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el precepto inmediatamente anterior a aquel en el que la responsabilidad concursal está contemplado. Asimismo, la configuración de la responsabilidad como indemnizatoria da lugar a un solapamiento con las acciones societarias con las que comparte naturaleza, y el hecho de que se permita la coexistencia en sede de concurso de acciones indemnizatorias como es la acción social y se impida las de corte más objetivado como la del 367 LSC, tampoco aporta mucha coherencia al sistema.

Respecto a la coordinación con las demás acciones, ésta se organiza en torno al principio *par conditio creditorum*, el cual intenta salvaguardar. No obstante, la cuestión todavía no es pacífica en la doctrina: No existen dudas respecto a la incompatibilidad en sede de concurso de la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC, ni de la compatibilidad de la acción social de responsabilidad – si bien su régimen sufre alteraciones en materia de legitimación activa y competencia judicial-. Sin embargo, la legislación concursal guarda silencio en torno a la acción individual, lo cual ha dado lugar a interpretaciones diversas que están lejos de ser una opinión consensuada. Asimismo, este sistema mixto no sólo es confuso sino que puede dar lugar a numerosas incompatibilidades y solapamientos que hacen peligrar el principio *non bis in idem*.

Todo esto parece indicar la necesidad de una nueva revisión de la ley para salvar las incoherencias que ha dejado la última reforma, clarificar y reorganizar el sistema de coordinación de la responsabilidad concursal con las acciones societarias y acentuar la distinción respecto de la indemnización de daños y perjuicios *ex* art. 172.2.3º LC.

## 5. Bibliografía.

1. Cabanas, R., “A vueltas con la calificación y la responsabilidad concursal”, *Diario La Ley*, 2014, nº 8334.
2. Díaz Echegaray, J.L., “La discutida naturaleza de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, *Anuario de derecho Concursal*, 2013, nº29.
3. García-Cruces, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, *Anuario de derecho Concursal*, 2013, nº 28.
4. García-Cruces (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, España, Navarra, 2012.
5. Garnacho, L., “A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCP*, 2015, nº 22.
6. González, I., “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *RDCP*, 2011, nº 15.
7. Hernando, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria: Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, España, Madrid, 2013
8. Huerta, M. I. Y Rodríguez, D., “Responsabilidad de administradores: aportaciones del Tribunal Supremo en 2016 que se deben conocer”, *RDCP*, 2017, nº 27.
9. Huerta, M. I. y Rodríguez, D., “La responsabilidad concursal de los administradores (A propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)”, *ADCo*, nº 28, 2013.
10. López, A., “Claves de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa”, *Diario La Ley*, 2012, nº 7917.
11. Marín de la Bárcena, F., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal:(comentario a la STS 1ª de 23 de febrero de 2011)”. *RDCP*, nº15, 2011.
12. Marín de la Bárcena, F., “Responsabilidad concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, nº 28.

13. Martín, R., “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *Anuario de derecho concursal*, 2012, nº 26.
14. Martínez, M., “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, 2016, nº1.
15. Miralbell, L.M., “A vueltas con la responsabilidad concursal de los Administradores: ¿Cambio de criterio? (SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012)”. *Diario La Ley*, 2012, nº 7905.
16. Miralbell, L. M., “Otra vez la responsabilidad concursal de los administradores: resurge en parte la polémica”, *Diario La Ley*, 2013, nº 7998.
17. Morales, J., “La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español”, *Revista de Derecho*, 2017, nº 21.
18. Morales, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Valencia, España, 2013.
19. Moya, J., y Ruiz, M.C., “La naturaleza jurídica especial de la responsabilidad concursal por el déficit a la luz de los criterios de imputación objetiva contenidos en el Artículo 172 bis de la Ley Concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 8/2012.
20. Muñoz, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores*. Navarra, España, 2015.
21. Pardo, J.M., *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores empresariales en crisis*. Barcelona, España, 2015.
22. Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003, nº 4.
23. Prendes Carril, P., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales tras la STS de 23 de febrero de 2011”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2011, nº 825.
24. Quijano, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *RDCP*, 2015, nº 22.

25. Quijano, J., “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: De nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *RDCP*, 2009, nº 10.
26. Ribelles, J. M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *RDCP*, 2015, nº22.
27. Rojo, A. y Beltrán, E. (Dir.), *La Responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles*, Valencia, España, 2011.
28. Rojo, A. J. y Campuzano, A. B. (Dir.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia (V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal)*, Navarra, España, 2013.
29. Roncero, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, *RDCP*, 2007, nº 7.
30. Ruiz, P., Barber, L., *Cuestiones actuales sobre derecho concursal : responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago / III Congreso Concursal y Mercantil de Salamanca*, Navarra, España, 2014.
31. Sebastián, R. (Coord.), *Fundamentos de derecho empresarial: derecho concursal. IV*, Navarra, España, 2017.
32. Torrubia, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, nº.287/2013.
33. Valenzuela, M. J., “Responsabilidad de los administradores por déficit concursal”, *RDCP*, 2017, nº 27.
34. Viñuelas, M., “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDCP*, 2016, nº 24.

## **JURISPRUDENCIA**

STS 56/2011, de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2475).

STS 615/2011, de 12 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 6416).

STS 644/2011, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1084);

STS 614/2011, de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368).

STS 142/2012, de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5265).

STS 259/2012, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012, 5910).

STS 255/2012, de 26 abril 2012 (RJ 2012, 6101).

STS 298/2012, de 21 mayo de 2012 (RJ 2012, 6537).

STS 501/2012, de 16 julio de 2012 (RJ 2012\9330).

STS 459/2012, de 19 julio de 2012 (RJ 2012\9000).

STS 669/2012, de 14 noviembre de 2012 ( RJ 2013\1614)

STS 75/2013, de 28 febrero de 2013 ( RJ 2013\2279)

STS 409/2013, de 20 junio de 2013 (RJ 2013\4378).

STS 122/2014, de 1 de abril de 2014 (RJ 2014\2159)

STS 737/2014, de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6885)

STS 772/2014, de 12 de enero de 2015 (LALEY 4264/2015)

STS 275/2015, de 7 mayo (RJ 2015\2237)

STS 327/2015, de 1 junio (RJ 2015\2494)

STS. 490/2016, de 14 julio (RJ 2016\3561)

AAP de Asturias 136/2006, de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007\74658).

AAP de Barcelona 48/2006, de 6 de febrero de 2006 (PROV 2006, 242022).

SAP de Barcelona 154/2012, de 23 de Abril de 2012 (PROV 2012, 176693).

SAP de Barcelona 243/2014, de 9 julio de 2014 (JUR 2014\238237).

SAP Madrid 31/2008, de 5 febrero de 2008 (AC 2008/834)

Auto Juzgado de lo mercantil nº 1 Oviedo, de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836).