UNIVERSIDAD DE MURCIA

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal.

AUTOR/A Dña. Raquel Sánchez Hernández

DIRECTOR/ES Dra. Dña. Gemma García-Rostán Calvín
Dr. D. Salvador Tomás Tomás

2025

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal.

AUTOR/A Dña. Raquel Sánchez Hernández

DIRECTOR/ES Dra. Dña. Gemma García-Rostán Calvín
Dr. D. Salvador Tomás Tomás

2025

UNIVERSIDAD DE MURCIA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TITULO DE DOCTOR/A

Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19 de octubre de 2022.

Yo, Dª. Raquel Sánchez Hernández, habiendo cursado el Programa de Doctorado Programa de Doctorado en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM), como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a titulada:

La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal.

y dirigida por:

Dª.: Gemma García-Rostán Calvín
D.: Salvador Tomás Tomás

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Murcia, a 14 de enero de 2025

Firmado digitalmente por: NOMBRE SANCHEZ HERNANDEZ RAQUEL
Fecha y hora: 14.01.2025 21:06:44

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados:	
Responsable	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios	No se prevén comunicaciones de datos
Derechos	Los interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS …… 17
RESUMEN ……...……. 19
ABSTRACT ……... 20
INTRODUCCIÓN …..……. 21

– **PRIMERA PARTE –**

MARCO GENERAL DE LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPOSANBILIDAD DE ADMINISTRADORES. CONTROVERTIDO EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL POR EL ACREEDOR SOCIAL

CAPÍTULO PRIMERO
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

1.1 CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS ……..…….…… 35
1.2 LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD …… 41
1.2.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* arts. 238 a 240 TRLSC……...……..…… 41
1.2.2 Presupuestos para el éxito de la acción social de responsabilidad. Necesaria concurrencia cumulativa de todos ellos……... 44
a) Actuación de los administradores no acorde con la ley y/o con los estatutos sociales. Existencia de conducta antijurídica e incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad…… 49
b) Que la conducta antijurídica, culposa o negligente, genere un daño a la sociedad administrada ……. 56
c) Relación de causalidad……...…… 58

1.2.3 Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social…….… 59

1.3 LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR *EX* ART. 241 TRLSC …..…… 63

1.3.1 Consideraciones generales. Acción de configuración netamente jurisprudencial……...……. 63

1.3.2 Antecedentes legislativos. Naturaleza jurídica: el histórico debate en torno a la propia concepción de la acción individual de responsabilidad contra los administradores……...…..…….. 68

1.3.3 Actual configuración de la acción individual de responsabilidad de administradores desde la perspectiva del acreedor social: requisitos cumulativamente exigidos para su ejercicio…… 83

a) Configuración *[solo]* aparentemente contradictoria a partir de la segunda década del siglo XXI ..…….…..… 83

b) Máximo rigor en la exigencia del *"daño directo"* en caso de insolvencia de la sociedad ...…… 92

c) La doctrina fijada en la Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: la importancia del *"esfuerzo agumentativo"* ……..…..…… 104

d) Principales supuestos de hecho que, en la práctica, en los últimos años han sido sometidos, con éxito, al escrutinio judicial por parte de los acreedores sociales en el ejercicio de la acción individual frente administradores de sociedades insolventes…….. 114

e) El especial protagonismo de esta acción alcanzado a comienzos de la década del 2020 como consecuencia de las *"moratorias concursales y de índole societario"* acordadas en tiempos de pandemia…… 129

1.4 ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS ……..… 138
1.4.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* art. 367 TRLSC……...….. 138
a) Presupuestos para el éxito de responsabilidad por deudas … 141
b) Principales cambios introducidos por la reforma operada por la Disposición final séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal…… 152
1.4.2 La presunción del art. 367.2 TRLSC ……..... 157
1.4.3 La *"moratoria societaria"* acordada en tiempos de pandemia …… 163

CAPÍTULO SEGUNDO
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VÍA SOCIETARIA PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

2.1 LA DISCRECCIONALIDAD EMPRESARIAL O REGLA DEL *BUSINESS JUDGMENT RULE* ……..……. 171
2.2 ÁMBITO SUBJETIVO …… 185
2.2.1 Sujetos responsables ……. 185
a) Delimitación subjetiva *ex* art. 236 TRLSC. Más allá del administrador de derecho: extensión de la responsabilidad a personas asimiladas……. 185
b) Especial reflexión en torno a la persona designada representante del administrador persona jurídica y su controvertida pretendida aplicación en la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC ..…….. 196
2.2.2 La responsabilidad solidaria en el ámbito societario de los miembros del órgano de administración. Posible ejercicio posterior de la acción de regreso ……..…… 200

2.3 PLAZO DE EJERCICIO …..…… 205
2.3.1 La introducción del art. 241 *bis* TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ……..……..... 205
2.3.2 El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC): el criterio fijado por la Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre de 2023, de la Sala Primera del Tribunal Supremo y su posterior ratificación ……..…. 210

– SEGUNDA PARTE –

RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LA VÍA CONCURSAL. CALIFICACIÓN CONCURSAL

CAPÍTULO TERCERO
LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

3.1 MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR …..……..…….. 223
3.2.1 Consideraciones introductorias……. 223
a) Antecedentes. Finalidad perseguida con la sección de calificación……...…… 223
b) Principales novedades introducidas en la sección de calificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ……...…….. 234
3.2.2 Reflexiones en torno a la ya extinta *"moratoria concursal"* acordada en tiempos de pandemia …… 247
3.2 LA CALIFICACIÓN CONCURSAL. ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR…… 256

3.2.1 El criterio general de calificación del concurso como culpable regulado en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC): necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave ……..... 256
3.2.2 Presunciones *iuris et de iure* -denominadas como *"supuestos especiales"*- del art. 443 TRLC (antiguo art. 164.2 LC) ..…… 263
3.2.3 Presunciones *iuris tantum* -denominadas como *"presunciones de culpabilidad"*- del art. 444 TRLC (antiguo art. 165 LC) ……... 280
3.3 LA CONDENA A INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS *EX* ART. 455.2.5º TRLC (ANTERIOR ART. 172.2.3º LC) …….. 281
3.4 LA CONDENA A LA COBERTUDA DEL DÉFICIT CONCURSAL *EX* ART. 456 TRLC (ANTERIOR ART. 172 *BIS* LC) ……..…..…….…… 283
3.4.1 Requisitos para su estimación…… 283
3.4.2 El embargo de bienes y derechos de los administradores como medida cautelar *ex* art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC)…….…. 288
3.5 ÁMBITO SUBJETIVO ..…… 302
3.5.1 Delimitación subjetiva contenida en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) ...……. 302
3.5.2 Especial consideración de la figura del administrador de hecho: requisitos jurisprudencialmente exigidos para acreditar su existencia …...……. 305
3.5.3 Controvertida aplicación del art. 236.5 TRLSC en la sección de calificación en contraposición de lo dispuesto en el art. 455.2.1º TRLC……...……..…… 313
3.6 LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA DEL ARTÍCULO 37. *BIS* TRLC: A VUELTAS CON LA ACCIÓN INDIVIDUAL DEL ADMINISTRADOR …….. 330

CAPÍTULO CUARTO

LA *[DUDOSA]* PROTECCIÓN DEL ACREEDOR ANTE LA SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA

4.1 LA SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA ..…… 336

4.1.1 El espíritu de la Directiva 2019/1023 respecto de las obligaciones de los administradores sociales en caso de probabilidad de insolvencia ……. 337

4.1.2 La probabilidad de insolvencia y las acciones societarias a disposición del acreedor social …….……...….. 344

4.1.3 La probabilidad de insolvencia y la responsabilidad concursal …… 346

4.2 REFLEXIONES RELATIVAS A LA OPORTUNIDAD DE ESTABLER UN ESPECÍFICO RÉGIMEN DE RESPOSABILIDAD CONCURSAL RESPECTO DE LAS ACTUACIONES DEL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA ……..……. 352

4.2.1 *Early Warning System* como vía para determinar posibles "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia" …….. 352

4.2.2 Propuesta de reforma del TRLSC ….……..…… 362

– TERCERA PARTE –
NECESARIA O, AL MENOS, DESEABLE, COMPLETA COORDINACIÓN DE AMBOS REGÍMENES

CAPÍTULO QUINTO
EL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL ADMINISTRADA EN LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

5.1 COEXISTENCIA DE LOS REGÍMENES SOCIETARIO Y CONCURSAL DE RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL……...……..……. 368

5.1.1 Redacción original de la Ley 22/2023, de 9 de julio, Concursal …… 370

5.1.2 Las reiteradas omisiones legislativas respecto de los efectos del concurso en la acción individual de responsabilidad de administradores …… 382

a) Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España ……..…… 382

b) El *[parcial]* régimen de coordinación de las acciones societarias de responsabilidad de administradores y la responsabilidad concursal introducido por la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal …….. 385

c) Situación actual tras numerosas reformas del Derecho de insolvencias español. El vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre…… 393

5.2 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.. 395

5.2.1 El impacto en el ejercicio de la acción social de responsabilidad…… 395

a) La Administración concursal como única legitimada para el ejercicio de la acción social *ex* art. 132.1 TRLC ……. 395

b) La jurisdicción del juez del concurso, exclusiva y excluyente para el conocimiento del acción social de responsabilidad contra los administradores *ex* art. 52.3.2º TRLC …….. 397
c) La acumulación de oficio al concurso *ex* art. 138.1 TRLC …… 397

5.2.2 Primeras reflexiones respecto de la controvertida compatibilidad de la acción individual con la responsabilidad concursal ….……..…… 398
5.2.3 Impacto de la declaración de concurso en la acción de responsabilidad por deudas ……...….. 402
a) La inadmisión a trámite de nuevas demandas *ex* art. 136.1.2º TRLC (anterior art. 50.1 LC) ……..…… 402
b) La suspensión de los procedimientos en tramitación *ex* art. 139.1 TRLC (anterior art. 51 *bis* LC)…….…… 403
c) Reflexiones en torno a los efectos reflejos en la acción de responsabilidad por deudas …….. 404
5.3 EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN *EX* ARTS. 155.3 Y 4 TRLC …..…… 411

CAPÍTULO SEXTO
LA DESEABLE COORDINACIÓN DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES CON LA PIEZA DE CALIFICACIÓN

6.1 EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES DERIVADOS DE LA POSIBLE TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADA ……...…… 414
6.1.1 Rechazo de las peticiones de suspensión por prejudicialidad civil *ex* art. 43 LEC 415

6.1.2 La eventual terminación del procedimiento *ex* arts. 22 y 413 LEC y la, en todo caso, vía de la residual acción por enriquecimiento injusto……..……. 423

6.2 EL EVENTUAL ÉXITO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES *EX* ART. 241 TRLSC Y SU IMPACTO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES EN TRAMITACIÓN … 427

6.2.1 Hechos declarados probados en la acción individual de responsabilidad de administradores ……... 427

6.2.2 El *[controvertido]* crédito del administrador que podría nacer frente a la concursada y su eventual calificación en el concurso ……..…… 429

– **CONCLUSIONES –**

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS ……. 434

RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS…….…….……. 444

BIBLIOGRAFÍA……..…… 466

ABREVIATURAS

AA.VV. – Autores Varios

Art. - Artículo

Arts. - Artículos

AP - Audiencia Provincial

ATS – Auto del Tribunal Supremo

BOE - Boletín Oficial del Estado

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

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

CE - Constitución Española

CGPJ - Consejo General del Poder Judicial

CNUDMI - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

COORD - Coordinación

Coreper - Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea

DIR. – Dirección.

ECLI - Identificador único europeo de jurisprudencia

FJ - Fundamento jurídico

Núm.- Número

LEC - Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LC - Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

LOPJ - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LSA-51.- Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas

P. - Página

PP. – Páginas

Pr. - Prólogo

RD - Real Decreto

RDL - Real Decreto-ley

SAP - Sentencia de la Audiencia Provincial

Ss.- Siguientes

STC - Sentencia del Tribunal Constitucional

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

TC - Tribunal Constitucional

TJUE - Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLC - Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

TRL-SA - Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

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

TS - Tribunal Supremo

UE- Unión Europea

Vid. – Véase

V. gr. - Verbigracia

RESUMEN

Partiendo del análisis de los conceptos y características tanto sustantivas como procesales que delinean, por un lado, la responsabilidad societaria del administrador, en especial en lo que respecta a la que puede dar lugar al ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador y, por otro, la responsabilidad concursal inherente a la sección de calificación concursal, en este trabajo abordaremos la específica problemática jurídica que se suscita por la posibilidad de tramitación judicial simultánea de ambas vías para exigir la responsabilidad del órgano de administración.

Como veremos, y así ha sido ya puesto de manifiesto por autorizadas voces de nuestra doctrina, resulta cuanto menos aconsejable una reforma legal que aborde la completa coordinación de ambos regímenes. Abordaremos por ello el análisis de esta vital cuestión acudiendo no solo a la exposición de las valiosas aportaciones doctrinales con las que contamos, sino también, y de hecho muy especialmente, a lo dispuesto por nuestros juzgados y tribunales. La profusa casuística forense a la que nos enfrentamos, incluso vacilante en algunos momentos, respecto del propio ejercicio de la acción individual frente al administrador social de una sociedad en concurso, evidencia de un modo nítido la problemática práctica a la que se enfrentan los diversos operadores jurídicos al no existir una pacífica doctrina jurisprudencial que aborde muchas de las cuestiones a las que se deben enfrentar y, por ello, su estudio cobrará un papel protagonista en este estudio.

Por ello, el presente trabajo abordará tanto cuestiones jurídico-sustantivas que resultan necesarias para el correcto planteamiento de la cuestión, como jurídico-procesales, ya que nos enfrentamos ante una problemática en la que las cuestiones procedimentales se tornan fundamentales en un terreno que, en ocasiones, se ha mostrado lagunoso dificultando gravemente la labor de todos los operadores jurídicos viéndose mermado el tan necesario principio de seguridad jurídica que debe prevalecer como salvaguardado so pena de atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Carta Magna.

ABSTRACT

Starting from the analysis of the concepts and characteristics, both substantive and procedural, that outline, on the one hand, the corporate liability of the administrator, especially with regard to that which can give rise to the exercise of the individual action for liability of the administrator and, on the other hand, the bankruptcy liability inherent in the bankruptcy qualification section, in this work we will address the specific legal problems that arise from the possibility of simultaneous judicial processing of both routes to demand the liability of the administrative body.

As we will see, and as has already been made clear by authoritative voices in our doctrine, a legal reform that addresses the complete coordination of both regimes is advisable, to say the least. We will therefore approach the analysis of this vital issue by referring not only to the exposition of the valuable doctrinal contributions available to us, but also, and in fact very especially, to the provisions of our courts and tribunals. The profuse forensic casuistry that we are faced with, even hesitant at times, with regard to the exercise of individual action against the company director of a company in insolvency, clearly demonstrates the practical problems faced by the various legal operators in the absence of a peaceful jurisprudential doctrine that addresses many of the issues that they must face and, therefore, their study will play a leading role in this study.

Therefore, this paper will address both legal-substantive issues that are necessary for the correct approach to the question, as well as legal-procedural issues, since we are faced with a problem in which procedural issues become fundamental in a field that, on occasions, has proved to be vague, seriously hindering the work of all legal operators and undermining the much-needed principle of legal certainty that must prevail and be safeguarded on pain of violating the right to effective judicial protection enshrined in our "Magna Carta".

INTRODUCCIÓN

El origen del presente trabajo radica en la problemática a la que nos enfrentamos los operadores jurídicos ante las sucesivas novedades legislativas en materia de responsabilidad de administradores de sociedades de capital, especialmente en lo que respecta a la acción individual[1] y su controvertida coexistencia con la responsabilidad concursal, tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y las posteriores reformas que hemos vivido en los últimos años en nuestro Derecho de insolvencias; novedades legislativas fruto de las cuales se plantean cuestiones que, como en muchas ocasiones sucede, la literalidad de la ley no resuelve.

Este interés en profundizar en esta materia en los últimos años, además, no es nuevo, ya que si bien nos hemos enfrentado a diversas reformas legislativas posteriores a la gran novedad que supuso en nuestro Ordenamiento Jurídico la referida la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (reformas de diverso calado con un mayor impacto quizás en los últimos años), éstas han continuado evidenciado cuestiones que quedan sin resolver en torno a la acción individual de responsabilidad frente a los administradores sociales, a lo que se le suma el hecho de que estamos en cualquier caso ante una acción que tradicionalmente ha sido objeto de innumerables discusiones doctrinales y jurisprudenciales sin que, a nuestro humilde entender, se hayan resuelto pacíficamente todas sus aristas.

Por tanto, el atractivo de esta materia como objeto de estudio de tesis doctoral pivota sobre la compleja y vacilante configuración jurisprudencial que se le ha dado a la acción

[1] No obstante, y aun cuando el presente estudio se centre en esta acción, a lo largo del mismo se contienen también aquellas reflexiones que hemos considerado necesarias en torno también a las otras dos acciones societarias, la acción social de responsabilidad por deudas (*ex* arts. 238 a 240 TRLSC) y la acción de responsabilidad por deudas (ex art. 367 TRLSC), y el impacto que la declaración de concurso de la sociedad de capital administrada tiene en ellas, ya que consideramos imprescindible ofrecer al menos una contextualización en su conjunto de las acciones que tiene el acreedor social a su disposición para la exigencia de la responsabilidad del administrador tanto en lo que atañe a la vía societaria, como a la concursal.

individual de responsabilidad al haber quedado desdibujados en ocasiones sus límites frente a otras acciones igualmente tendentes a exigir responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital fruto, esencialmente, del ejercicio conjunto o acumulado de varias de ellas[2].

En particular, consideramos que merece la pena ser especialmente destacado el hecho de que, pese a que la principal reforma operada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tenía como finalidad, entre otras, precisar el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores[3], nos encontramos nuevamente ante un marco legislativo en el que destaca la ausencia de una normativa capaz de coordinar con éxito la eventual coexistencia de la responsabilidad concursal del administrador social con la derivada del ejercicio de la acción individual de responsabilidad en el ámbito extra-concursal; ausencia de coordinación que, a día de hoy y tras numerosas y reiteradas reformas de nuestro Derecho de Insolvencias, sigue todavía sin resolverse.

*****

Como veremos a lo largo del presente trabajo, nos enfrentamos a una materia sobre la que son muchos los silencios legislativos que han debido ser interpretados; silencios que, reforma tras reforma, han ido perfilando e incluso variando los criterios doctrinales y jurisprudenciales.

---

[2] Una inicial aproximación a esta materia, como uno de los primeros pasos que se enmarcan dentro del estudio que nos ocupa, ya la llevamos a cabo en el año 2014 en SAAVEDRA LÓPEZ, J.P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», *Revista de derecho de sociedades,* ISSN 1134-7686, Núm. 43, 2014, pp. 303-331.

[3] A tal efecto, el legislador español optó por referir, expresamente, en su Preámbulo (VIII) que: *"La ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales".*

Así, como veremos, en un primer momento temporal nos enfrentamos ante un inicial escenario en el que las protagonistas eran las dudas relativas a la posibilidad o no del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores de sociedades de capital en situación de concurso de acreedores por parte de los acreedores concursales que consideraban que habían sufrido un daño en su patrimonio por la actuación llevada por el administrador; primer escenario que, no obstante, fue superado por nuestros juzgados y tribunales, quienes finalmente pudieron aclarar la confusión que se había generado confirmado tal posibilidad.

Y, precisamente, una primera parte del trabajo realizado con motivo de la tesis que nos ocupa se dedica, precisamente, al análisis de lo acontecido en este primer periodo, pues ello, sin duda, resulta esencial para comprender los fundamentos jurídicos por los que, a nuestro parecer, la posibilidad de su ejercicio debía ser aceptada sin ambages atendiendo tanto a la propia literalidad de la ley, como a su espíritu.

Ahora bien, una vez superado este primer estudio, necesario en cualquier caso para la correcta comprensión de las particularidades del ejercicio de esta acción, no debemos olvidar que esto únicamente supone la superación del primero de los diversos interrogantes que se generan en torno a su ejercicio.

Así pues, tras el análisis de las distintas resoluciones judiciales que se han dictado sobre esta materia, nos encontramos con que todavía a día de hoy siguen sin clarificarse de una manera pacífica otros extremos o elementos configuradores de la misma, especialmente por lo que respecta a los posibles problemas que en la práctica se producen en determinados supuestos por la eventual coexistencia de la responsabilidad societaria –en lo que a la acción individual de responsabilidad se refiere– y la concursal; problemas que, a la vista de las resoluciones judiciales que por el momento han sido dictadas al efecto, todavía no han sido totalmente resueltos, siendo éstos en su mayoría de índole jurídico-procesal.

Por ello, desde el comienzo de estudio que nos ocupa, el objeto de la tesis se centra esencialmente en el análisis de todos estos extremos sobre los que actualmente sigue existiendo controversia (ello no obstante sin perjuicio de que, como ha sido adelantado, se incluye al menos una primera parte encaminada a analizar esa primera controversia generada en torno a la posibilidad o no de su ejercicio cuando la sociedad de capital había sido ya declarada en situación de concurso de acreedores), especialmente por lo que respecta a la consideración de la existencia o no de un daño directo al acreedor en este tipo de casos.

Sobre esta base, en el presente trabajo se tratará de analizar y desgranar no solo las opiniones más autorizadas de la doctrina, sino también y muy especialmente el contenido de las resoluciones judiciales que paulatinamente se están dictando pues, a través de su contenido, se pretende alcanzar una comprensión más completa y profunda del actual ejercicio de esta tradicional acción.

Nótese en este sentido que, en todo caso, el hecho de que muchas de estas cuestiones paulatinamente están siendo al menos perfiladas jurisprudencialmente, ello no obsta en cualquier caso a que, dada la casuística materia en la que nos encontramos, no pueda decirse a día de hoy que exista una pacífica doctrina jurisprudencial que pueda ayudar para alcanzar unos niveles razonables de la tan necesaria seguridad jurídica.

*****

Asimismo, debe señalarse que estos últimos años hemos vivido un periodo especialmente convulso en el que el ámbito legislativo no se ha quedado al margen, habiendo sido testigos de la promulgación de diversa normativa que incluía no solo lo que ha sido denominado como *"moratorias concursales y de índole societario"* con motivo de la crisis provocada por el COVID-19 -normativa que sin duda afectó al régimen de responsabilidad societaria y concursal del órgano de administración pero solo en un ámbito temporal delimitado y, al menos en parte, ya superado-, sino también con ámbitos conexos e, incluso, en puridad, ciertamente "alejados" del mismo, destacándose a los efectos que aquí nos ocupan las últimas reformas operadas en nuestro Derecho de

insolvencias que, por su -al menos teórica- vocación de permanencia en el tiempo, sí que serán aquí objeto de detallado estudio por la trascendencia que en última instancia presentan respecto de la materia que nos ocupa.

En todo caso, y antes de adentrarnos de lleno en las reformas que sí se han llevado a cabo con vocación de permanencia, conviene realizar al menos una sucinta reflexión del impacto que el resto de las reformas sí tuvo -y puede seguir teniendo atendiendo a los plazos de ejercicio de algunas de las acciones legalmente previstas-, desde el punto de vista de la responsabilidad del administrador tanto en el plano societario, como en el concursal.

Y es que nos hemos enfrentado así a tiempos normativos -y de otra índole- muy convulsos, desde el dictado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto en cuya Disposición Adicional Cuarta se determinaba que los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedaban suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren. Situación ésta que, al menos con carácter general, vio llegar su final con el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma, en virtud del cual, con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.

Nótese, no obstante, que esta excepcionalidad en el ámbito concursal tuvo unas reglas del juego propias y mucho más extendidas en el tiempo, encontrándonos por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico con la suspensión de la obligación de presentar concurso de acreedores en atención a lo dispuesto por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, viendo así la luz por primera vez en nuestro Derecho de insolvencias la denominada moratoria concursal; moratoria que, si bien inicialmente se extendía hasta el 14 de marzo de 2021, coincidiendo con el aniversario de la primera declaración del estado

de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, finalmente fue prorrogada *in extremis* el 12 de marzo del 2021 cuando, con el objetivo de evitar una avalancha de concursos, el Gobierno acordó en el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE del 13 de marzo), continuar con las sucesivas prórrogas de la suspensión de esta obligación de presentar solicitud de concurso de acreedores antes del 31 de diciembre de 2021.

En dicho Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, se aclaraba, respecto de la suspensión de la obligación de presentar concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que conociese la situación de insolvencia (tal y como establecía en aquel momento el Texto Refundido de la Ley Concursal), que éste debía computarse a partir de la fecha de finalización del plazo de suspensión del citado deber mientras que, sin embargo, la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que se hubiesen presentado desde el 14 de marzo de 2020 se limitaba en el tiempo únicamente hasta el 31 de diciembre de 2021, por lo que el administrador que decidiese esperar estos dos meses asumía el riesgo que se admitiese a trámite un concurso necesario con el impacto que en última instancia ello podría tener en una eventual condena en la pieza de calificación.

No obstante, en todo caso, finalmente esta moratoria concursal se extendió en el tiempo hasta el 30 de junio de 2022 en atención a la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

Ahora bien, esta moratoria concursal y sus prórrogas, desde el punto de vista de la responsabilidad del administrador, no estaban exentas de riesgos y es que, adicionalmente al que a título casi anecdótico -si se nos permite la expresión- acaba de ser referido, la realidad es que en todo caso éstas dejaban en el aire su responsabilidad extra-concursal, más allá de lo que quedase afectado respecto de la moratoria contable o societaria que afectaba a la determinación de la concurrencia o no de causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC extendida -solo ésta- finalmente tras el reciente dictado del Real

Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, hasta el cierre del ejercicio de 2026[4].

*****

Pese a la novedad y excepcionalidad del contenido de estas moratorias en nuestro Ordenamiento Jurídico, lamentablemente este tipo de medidas ha visto recientemente la luz de nuevo -aunque con un ámbito más limitado- como consecuencia del reciente y grave episodio meteorológico de la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) que tuvo lugar el pasado 28 de octubre de 2024 afectando a diferentes municipios españoles,

[4] El inicio de la pandemia causada por el COVID-19 tuvo así un impacto en dos de las obligaciones que recaen sobre los administradores de sociedades de capital: *(i)* por un lado, como consecuencia de la moratoria concursal y sus sucesivas prórrogas, quedó suspendida la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde la manifestación de la situación de insolvencia actual hasta el 30 de junio de 2022 y, *(ii)* por otro, como consecuencia de la que fue denominada moratoria contable o societaria, que supuso excluir en un primer momento las pérdidas acaecidas durante el año 2020 a fin de analizar si concurría o no la causa de disolución por pérdidas en ese ejercicio, esta sí sufrió una mayor extensión temporal. De esta manera, en el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, ésta se extendió al determinar que "*las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021*" no se tendrán en cuenta para analizar si concurre o no esta causa de disolución "*hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2024*", afectando así a los ejercicios 2022, 2023 y 2024, ejercicios en los que los administradores no tendrán que tomar en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a los únicos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC; moratoria societaria incluso ha sufrido una nueva extensión temporal hasta el año 2026, debiendo señalarse a este respecto que el reciente Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, a pocos días de su finalización (por tanto, tras este nuevo Real Decreto-ley 9/2024, a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) TRLSC, no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026). Ahora bien, ello no debe hacer bajar la guardia de los administradores sociales por cuanto dichas pérdidas, en todo caso, existen y, al margen de la moratoria contable, no deben olvidarlas en el debido diligente desempeño de sus funciones ya que, a nuestro juicio, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de la toma de decisiones que, en última instancia, pudiese ser objeto de escrutinio *ex* art. 241 TRLSC.

fruto de la cual se acordaron medidas relativas, entre otros ámbitos, asociadas a este tipo de moratorias concursal y societaria.

Así, si atendemos al contenido de las principales novedades legislativas acordadas como consecuencia de esta DANA, entre las que destacan el Real Decreto-ley 6/2024, de medidas urgentes ante la DANA (Real Decreto-ley 6/2024), el Real Decreto-ley 7/2024 por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA (Real Decreto-ley 7/2024), el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (Real Decreto-ley 8/2024)[5] y, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, el Decreto Ley 12/2024 (Decreto Ley 12/2024) y el Decreto 172/2024, así como los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, aprobados el 5, el 12 y el 27 de noviembre de 2024, vemos que:

1. En atención a las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 6/2024, nos encontramos ante una nueva moratoria concursal *[limitada geográficamente]*, prorrogada por el Real Decreto-ley 8/2024, fruto de la cual se amplía hasta el 31 de diciembre de 2025 el plazo para que los deudores afectados de los municipios identificados en el Real Decreto-ley 6/2024, soliciten la declaración de concurso, la apertura de negociaciones con acreedores para un plan de reestructuración o de continuación, o la homologación de un plan de reestructuración, lo que se traduce en última instancia en la adoptación de las siguiente medidas que, sucintamente, pasamos a resumir a continuación[6]:

[5] Debiendo tenerse en cuenta su "Corrección de errores" publicada en el BOE núm. 304, de 18 de diciembre de 2024, pp. 173553 a 173553.

[6] En particular, determina el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2024, bajo la rúbrica de *"Plazo del deber de solicitud de concurso"*, lo siguiente: *"1. Hasta el 31 de diciembre de 2025, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual, y cuyo domicilio se encuentre en alguno de los municipios del anexo del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso o la apertura de procedimiento especial para microempresas. Hasta el 1 de marzo de 2026, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado de insolvencia o que se presenten hasta dicha fecha. Si se hubiera presentado*

(i) La suspensión del del deber de solicitar la declaración de concurso o la apertura de los procedimientos especiales para microempresas hasta el 31 de diciembre de 2025.

(ii) La inadmisión de solicitudes de concurso necesario hasta el 1 de marzo de 2026, presentadas durante este periodo de protección.

(iii) La priorización de la tramitación de las eventuales solicitudes de concurso voluntario frente a las de concurso necesario, aun cuando aquellas se presentasen en fecha posterior.

(iv) La extensión de la protección durante esta prórroga respecto de aquellos deudores que hubiesen comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitado su homologación, con independencia del vencimiento de los plazos establecidos en la normativa concursal vigente.

2. Una nueva moratoria societaria *[también limitada geográficamente]*, acordada en el Real Decreto-ley 8/2024, fruto de la cual en caso de concurrir causa de disolución en aquellas sociedades que igualmente tengan su domicilio social en alguno de los municipios identificados en el previo Real Decreto-ley 6/2024, el plazo legal para convocar la junta general a los efectos contenidos en el art. 365 TRLSC se suspende hasta el 30 de junio de 2025 y, si la causa de disolución acontece entre el 30 de noviembre de 2024 y el 30 de junio de 2025, se excluye expresamente la

solicitud de concurso voluntario, éste se admitirá a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior. 2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, hasta el 31 de diciembre de 2025, el deudor cuyo domicilio se encuentre en alguno de los municipios del anexo del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, que hubiera presentado al juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de restructuración o de continuación o solicitado la homologación de un plan de reestructuración, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el artículo 611 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo".

responsabilidad de los administradores de las deudas sociales contraídas durante dicha horquilla temporal[7].

*****

En todo codo caso, y retomando la exposición relativa a las moratorias concursales y societarias acordadas con carácter general -junto con sus prórrogas- a consecuencia de la COVID-19[8], no hay que perder de vista que, durante su vigencia no ha sufrido modificación alguna, en todo caso, el régimen de responsabilidad del órgano de administración social sobre la base del deber de diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 TRLSC)[9], al igual que, consideramos, también podría ser enjuiciado en una ulterior tramitación de una sección de calificación concursal en qué medida el administrador pudo haber contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia de la sociedad administrada[10].

En todo caso, la última prórroga de la moratoria concursal generalizada finalizó el 30 de junio de 2022[11], habiéndonos enfrentado a la paralización de la obligatoriedad de acudir

---

[7] Determina a tal efecto el art. 33.11 y 12 del Real Decreto-ley 8/2024 que: "*12. En caso de que concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad cuyo domicilio social se encuentre en cualquiera de los municipios del anexo del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta el 30 de junio de 2025. 13. Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido tras la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta el 30 de junio de 2025, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo".*

[8] Reflexión que, como ya habrá podido advertir el lector, se hace extensiva en idénticos términos a las moratorias concursal y societaria *[limitadas geográficamente]* que han sido acordadas por la DANA.

[9] En relación con la incidencia que tiene el deber de lealtad con la responsabilidad, véase ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal de administradores sociales*», Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 199-218.

[10] La existencia de la moratoria concursal y sus prórrogas no impedía, en todo caso, la posibilidad de que se pudiese solicitar la declaración voluntaria de concurso de acreedores, siendo consideramos lo más recomendable respecto de las empresas que no fuesen viables.

[11] Tras las finalización del efecto de las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, en particular la que respecta a la suspensión del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso hasta el 30 de junio de 2022, con independencia de que se hubiese comunicado o no al Juzgado

al concurso de acreedores durante algo más de dos años, tiempo durante el que, además, se produjeron cambios y retrasos en la tramitación legislativa que debía culminar con la reforma del propio Texto Refundido de la Ley Concursal (aprobado al inicio de esta convulsa etapa por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) que, en paralelo, se estaba tramitando.

Fue finalmente en septiembre del referido año 2022 cuando, tras la publicación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, se conocieron las nuevas reglas del juego en el régimen de reestructuraciones e insolvencias español; ley con la que si bien se introdujeron importantes y profundas modificaciones, tal y como ya se advierte incluso en su propia Exposición de Motivos, nuevamente "se olvidó" incluir un completo régimen de coordinación con la responsabilidad de los administradores que pudiese derivarse extra muros del concurso *ex* art. 241 TRLSC.

Así pues, y dejando a un lado esta excepcional y temporal normativa para centrarnos en las que sí se realizaron con vocación de permanencia afectando a la normativa concursal, conviene significar desde este primer momento que esta última ha tenido su correspondiente influencia en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador social, ya que nuevamente la falta de una regulación expresa que coordine ambos regímenes, por un lado, ha reforzado posturas mayoritarias tanto doctrinales como jurisprudenciales respecto de su perfecta compatibilidad y, por otro, continúa abierto el debate de cómo solucionar aquellos problemas jurídicos que, en la práctica, pueden aparecer ante la falta de una más que deseada positivación de un régimen de coordinación.

*****

En cuanto al modelo a seguir, el presente trabajo se plantea como un modelo mixto combinando el modelo analítico y el modelo argumentativo, dependiendo de los

competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

concretos puntos a desarrollar en cada parte de la tesis y, conforme a su estructura, ésta tratará de configurarse desde sus inicios bajo un mismo hilo conductor que permita abordar los distintos problemas plateado; hilo conductor que, como no podría ser de otra forma, ya se anticipa en el propio título del presente trabajo, en el que se trata de determinar si es la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC una potencial herramienta (o no) de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal.

En cualquier caso, la estructura de los diversos capítulos que finalmente conforman la tesis está agrupada, tras la debida introducción y planteamiento de la materia, en tres grandes grupos: *(i)* un primer grupo en el que se expondrá la legislación existente en el ámbito societario respecto del régimen general de responsabilidad de administradores, analizándose lógicamente con un mayor detalle y profundidad la acción que origina el presente estudio, esto es, la acción individual del administrador *ex* art. 241 TRLSC, avanzándose asimismo los problemas prácticos que se producen con su aplicación desde el punto de vista del acreedor social -especialmente acuciados cuando la sociedad administrada está inmersa en una situación concursal-, *(ii)* un segundo grupo en el que abordaremos la responsabilidad del órgano de administración en la pieza de calificación concursal, dedicando un especial análisis a la dudosa protección de la que goza el acreedor ante una situación de probabilidad de insolvencia de la empresa deudora pese a lo que, a nuestro juicio, es el espíritu de la Directiva 2019/1023 respecto de las obligaciones de los administradores sociales en este tipo de situaciones y, *(iii)* por último, un tercer grupo en el que se tratará de recoger, de una manera sintética, el impacto que presenta la declaración de concurso de la sociedad administrada en las acciones societarias de responsabilidad de los administradores, destacándose al efecto la deseable coordinación completa que debería existir entre ambos regímenes -el concursal y el societario-, especialmente en lo que respecta a los problemas que en la práctica se suscitan por la posible tramitación simultánea de la acción individual de responsabilidad de administradores y el concurso de la sociedad. Todo ello, como no podría ser de otra formal, culminará con las principales conclusiones alcanzadas como consecuencia de la investigación, así como las propuestas de soluciones de aquellos problemas que sigan sin

resolverse dada la más que deseable -y reclamada- coordinación de la acción de la acción individual de responsabilidad de administradores con la pieza de calificación concursal.

*****

El objetivo final de la tesis es, por tanto, como ya ha sido anticipado, poder dar una respuesta debidamente argumentada y motivada a la pregunta que ha guiado su inicio, debiendo tener siempre presente que la contribución que se pretende con ella es la de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles son los problemas procesales –y sus posibles soluciones– derivados del ejercicio por parte de un acreedor de una sociedad de capital en concurso de la acción individual de responsabilidad frente al administrador social?

Para ello, el presente trabajo culminará con algunas propuestas de reflexión sobre posibles futuras reformas legislativas que, al menos, deberíamos plantearnos si se emprenden o no, siendo ya muchas y autorizadas las voces que exigen al legislador la existencia de una regulación que, expresamente, coordine estos dos regímenes de responsabilidad del administrador ante los problemas que, en la práctica judicial, se producen, sin que al menos a la fecha de culminación del presente trabajo se haya producido un necesario consenso en el criterio jurisprudencial de nuestros juzgados y tribunales pese a que, ello, lamentablemente tiene un alto impacto perturbador en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución Española.

– PRIMERA PARTE –

MARCO GENERAL DE LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPOSANBILIDAD DE ADMINISTRADORES. CONTROVERTIDO EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL POR EL ACREEDOR SOCIAL

CAPÍTULO PRIMERO
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Sumario

1.1 CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. 1.2.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* arts. 238 a 240 TRLSC. 1.2.2 Presupuestos para el éxito de la acción social de responsabilidad. Necesaria concurrencia cumulativa de todos ellos. a) Actuación de los administradores no acorde con la ley y/o con los estatutos sociales. Existencia de conducta antijurídica e incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad. b) Que la conducta antijurídica, culposa o negligente, genere un daño a la sociedad administrada. c) Relación de causalidad. 1.2.3 Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social. 1.3 LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR *EX* ART. 241 TRLSC. 1.3.1 Consideraciones generales. Acción de configuración netamente jurisprudencial. 1.3.2 Antecedentes legislativos. Naturaleza jurídica: el histórico debate en torno a la propia concepción de la acción individual de responsabilidad contra los administradores. 1.3.3 Actual configuración de la acción individual de responsabilidad de administradores desde la perspectiva del acreedor social: requisitos cumulativamente exigidos para su ejercicio. a) Configuración *[solo]* aparentemente contradictoria a partir de la segunda década del siglo XXI. b) Máximo rigor en la exigencia del *"daño directo"* en caso de insolvencia de la sociedad. c) La doctrina fijada en la Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: la importancia del *"esfuerzo argumentativo"*. d) Principales supuestos de hecho que, en la práctica, en los últimos años han sido sometidos, con éxito, al escrutinio judicial por parte de los acreedores sociales en el ejercicio de la acción individual frente administradores de sociedades insolventes. e) El especial protagonismo de esta acción alcanzado a comienzos de la década del 2020 como consecuencia de las *"moratorias concursales y de índole societario"* acordadas en tiempos de pandemia. 1.4 ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS. 1.4.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* art. 367 TRLSC. a) Presupuestos para el éxito de responsabilidad por deudas. b) Reforma operada por la Disposición final séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. 1.4.2 La presunción del art. 367.2 TRLSC. 1.4.3 La *"moratoria societaria"* acordada en tiempos de pandemia.

1.1 CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de igual manera a lo que hacían las leyes que le precedieron encargadas de regular las Sociedades Anónimas y las

Sociedades de Responsabilidad Limitada[12], contempla fundamentalmente tres diferentes acciones societarias de responsabilidad a interponer contra el órgano de administración societario a fin de escudriñar la posible ilicitud de su actuación y las consecuencias asociadas a ella.

Esta diferenciación no es baladí, sino que antes al contrario es el necesario reflejo de los diferentes intereses que se consideran dignos de protección para el legislador español[13], tal y como analizaremos a *ut infra*.

---

[12] Nótese que la Ley de Sociedades de Capital se configuró en su concepción -al menos en el plano teórico- como un mero texto refundido de las normas que existían al objeto de regular las sociedades de capital, tal y como así se determina en la propia Exposición de Motivos, la cual comienza significando que *"El presente real decreto legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habilita al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, proceda a refundir en un único texto, bajo el título de «Ley de Sociedades de Capital», las normas legales que esa disposición enumera. De este modo se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor".*

[13] El presente trabajo se centra principalmente, como ya ha sido anticipado, en las cuestiones que se han mostrado más controvertidas en la práctica forense española respecto del eventual ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador por parte del acreedor social en aquellos supuestos en los que la sociedad administrada se encuentra en situación concursal; problemas que se han visto especialmente acuciados en los últimos años con motivo de los constantes silencios legislativos pese a las sucesivas reformas operadas en nuestro Ordenamiento Jurídico, al menos en lo que respecta a la existencia de una más que deseable coordinación expresa y completa de ambos regímenes. No pretendemos por tanto en el presente trabajo abordar cuestiones relativas al Derecho Internacional Privado por cuanto éstas, por su complejidad y especialidad, nos obligarían a realizar un completo y detallado estudio independiente. No obstante lo anterior, sí consideramos oportuno significar a este respecto que, en aquellos supuestos en que lo que se pretenda enjuiciar sea un actuación de un administrador de una sociedad de capital que exceda del ámbito nacional -algo que, en la práctica, puede no resultar infrecuente al encontramos en un mundo globalizado-, deberán ser analizadas en primer lugar cuestiones de vital importancia tales como: (1) la determinación de la competencia judicial internacional -nótese que las demandas de responsabilidad de administradores no se enmarcan dentro del catálogo de competencias exclusivas de los tribunales españoles previsto en el artículo 24 del Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil así como en el art. 22 LOPJ, como sí lo están por ejemplo las impugnaciones de acuerdos sociales-, (2) la determinación de la *lex societatis* a aplicar y (3) la normativa de aplicación al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia societaria.

En particular, respecto de la determinación de la competencia en estos supuestos, destaca RUIZ, L., «Competencia internacional en la responsabilidad de administradores», *El Economista,* 13 de julio de 2018, p.104-105, disponible a 22 de diciembre de 2024 en «https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2018/07/180713-EL-ECONOMISTA-Competencia-internacional-en-la-responsabilidad-de-administradores-LRM-2.pdf» que, para su determinación deberá llevarse a cabo

En concreto, bajo la perspectiva del acreedor societario, analizáremos a continuación las tres herramientas societarias legalmente establecidas que obran a su disposición para que éste pueda interesar, judicialmente, la condena a los administradores por ilícitos orgánicos con la finalidad de verse resarcidos, directa o indirectamente, del daño que su actuación las haya podido causar (ello, claro está, supeditado al efectivo cumplimiento de los requisitos que tanto legal, como jurisprudencialmente, se exigen al efecto en cada uno de los casos)[14].

Así, como vía indirecta, el acreedor tiene a su disposición, al menos en el plano teórico, una herramienta societaria, *(1)* la conocida como *acción social de responsabilidad*, regulada en los arts. 238 a 240 TRLSC (anterior art. 134 TRLSA), cuyo destino es la

sobre la base de una la eventual sumisión de las partes, el domicilio del administrador en atención a lo dispuesto en los arts. 62 y 63 del Reglamento (UE) n ° 1215/2012, o la competencia por razón de la materia que corresponda, para lo que resulta esencial determinar la naturaleza de cada una de las acciones de responsabilidad, debiendo determinarse si en función de la acción ejercitada se debe acudir a la existencia de un vínculo contractual de prestación de servicios -como parece adoptar el criterio del TJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2015, Hoterman Ferho Exploitatie y otros, C-47/14, EU:C:2015:574- atendiendo al vínculo del administrador con la sociedad-, o si se considera de naturaleza extracontractual como la relativa tanto a la acción individual en el que los legitimados -socios y terceros- no tengan vínculo contractual, como también podría defenderse que sucede en los supuestos de la acción de responsabilidad por deudas al quedar ésta configurada como una responsabilidad *ex* lege por deuda ajena -opción adoptada por el TJUE en su sentencia de 18 de junio de 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490-, a los foros de conexión propios de este tipo.

Asimismo, respecto de la incidencia que tiene el Derecho internacional privado en el ámbito de la responsabilidad de los administradores sociales, se recomienda la lectura de BLANCO-MORALES LIMONES, P.B. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los administradores sociales. Aspectos de derecho internacional privado», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Coord. por GUERRA MARTÍN, G.)*, La Ley, 2011, 2011, ISBN 978-84-8126-833-1, pp. 1005-1061, debiendo tenerse en cuenta que, actualmente, deberá acudirse a lo dispuesto en el ya citado Reglamento (UE) n ° 1215/2012, en lugar de al derogado Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, vigente hasta el 9 de enero de 2015, al que se hace referencia en dicho trabajo por su vigencia temporal al momento de su publicación.

[14] El lector podrá encontrar un completo análisis de la reciente evolución jurisprudencial que hemos vivido en los últimos años en relación a las acciones societarias de responsabilidad frente al administrador que contempladas en la Ley de Sociedades de Capital que serán aquí tratadas en el presente Capítulo, esto es, las acciones por responsabilidad individual, social y por deudas, analizando la diferenciación, delimitación y matización que nuestro Tribunal Supremo realiza en SANJUAN, E., «La responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades de capital: Reciente evolución jurisprudencial», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 58, 2020, pp. 1-6 en edición digital.

protección del patrimonio de la sociedad frente a eventuales ilícitos orgánicos protagonizados por el órgano de administración que, adicionalmente, de un modo indirecto o reflejo[15] se configura como una herramienta válida para proteger los intereses de los socios y acreedores como resultado de la recapitalización del patrimonio de la sociedad que puede obtenerse con el éxito del ejercicio de esta acción.

Y, como vía directa, cuenta con dos herramientas adicionales, (2) la *acción individual de responsabilidad ex* art. 241 TRLSC (anterior art. 135 TRLSA), cuyo fin no es otro que el de dar protección a aquellos socios y terceros -dentro de los que, aunque se ha discutido en los últimos años, podrían tener cabida *[algunos]* acreedores societarios-, cuya legitimación exige que hayan sufrido un daño directo en su patrimonio como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por el administrador societario en el ejercicio de sus funciones y, (3) la *acción de responsabilidad por deudas ex* art. 367 TRLSC (anteriores arts. 265.2 TRLSA y 105.5 LSRL), acción que cuenta con una configuración ciertamente distante de las previamente referidas *ut supra* en la medida en que deja atrás la configuración de un régimen de responsabilidad con clara vocación

[15] PADRES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital,* Primera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.180-191, señala que "se dispone, para los acreedores algo parecido a una acción directa excepcional que les permitirá demandar en su propio nombre al deudor (el administrador social) de su deudor (la sociedad), pero para logar la reconstitución del patrimonio de este último (dañado directamente por la actuación del primero) y con ello evitar, pero nunca resarcirse directamente, el daño indirectamente producido al patrimonio del acreedor instante. La diferencia con las acciones indirectas estriba en que no podrán los acreedores, sino la sociedad, percibir para sí la indemnización solicitada", tras lo que concluye que "el fundamento de la acción consiste pues en el daño directo al patrimonio de la sociedad que, ante la pasividad de los afectados directamente, desencadena un posible daño indirecto en el patrimonio del acreedor-actor, quien sólo está legitimado para ejercer la acción para proteger su patrimonio del riesgo consecuente de la pasividad de aquéllos". Vemos por tanto cómo, en la medida en que la protección buscada en este supuesto es el patrimonio de la sociedad, el legislador ha otorgado a la propia sociedad la legitimación activa directa y, además, con independencia de quién la ejercite, será ésta la que se beneficiará directamente de su eventual éxito de la acción dado que será la sociedad la que recibirá la indemnización para su integración en el patrimonio societario. De esta forma, hay que tener presente que, aunque en nuestro Ordenamiento Jurídico se ha optado por reconocer una legitimación subsidiaria de primer y segundo orden, respectivamente, a los socios y a los acreedores societarios, desde el punto de vista de estos últimos la utilidad de esta acción se ve limitada en cuanto ésta es tan solo una vía para resarcirse del daño reflejo que se haya podido producir en ellos fruto de la pasividad de la sociedad.

indemnizatoria[16], para basarse en un régimen de responsabilidad de índole sancionador[17] a la par que garantista de las deudas sociales, para cuyo éxito se exige como requisito la infracción de los deberes legalmente impuestos al órgano social de administración en aquellos casos en los que la sociedad administrada se encuentre inmersa en causa de

[16] Esta tercera acción presenta una configuración más alegada de las dos primeras ya que, si bien aquellas (la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad) descansan sobre un sistema de responsabilidad por daños y, por ende, tienen una clara naturaleza indemnizatoria -ello lógicamente bajo la distinta premisa de la que cada una de ellas parte en lo que al concreto patrimonio social o del administrador protegen- , por el contrario la acción de responsabilidad por deudas es de naturaleza sancionadora. Véase, al respecto, BRANDI TAIANA, M.M. y MUÑOZ AZANGUREN, A., «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva ley concursal», *Cuadernos de Derecho de Comercio*, ISSN 1575-4812, núm. 44, 2005, pp. 113-154. Nótese que este cambio en su configuración no es ni mucho menos baladí en lo que a la práctica judicial se refiere y es que, al alejarse del carácter indemnizatorio de las anteriores para pasar a ser sancionadora, ofrece al actor indudablemente una mayor facilidad probatoria al quedar exento de la acreditación de la existencia de un nexo de unión entre la negligente o dolosa actuación del administrador y el daño generado -requisito que sí se exige en toda acción indemnizatoria-.

[17] Véase, PICÓ I JUNOY, J., «La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: aspectos procesales», en *AA.VV., Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Tomo I, Primera Edición, Editorial JM Bosch, Barcelona, 2008, pp. 277-301, p. 278, *"en la práctica forense, hasta la actualidad, ha sido frecuente justificar la responsabilidad del administrador social en base al segundo grupo de preceptos normativos dado que, como veremos, el actor tiene muchas más facilidades probatorias dada la objetivación de la responsabilidad del administrador social", y es que "la estimación de la responsabilidad individual del administrador social ex art. 135 LSA exige la concurrencia de tres elementos: el daño, la culpa o negligencia, y la relación de causalidad entre ambos; mientras que para la estimación de dicha responsabilidad prevista en el art. 262 LSA es intrascendente el requisito subjetivo de la culpabilidad o negligencia del administrador social en la falta de convocatoria de la Junta General para logar la disolución de la sociedad, pues se objetiviza su responsabilidad".*

disolución o insolvencia[18], en cuyo caso el administrador se enfrenta a la responsabilidad por las deudas sociales posteriores a la fecha en la que acaeció dicha circunstancia[19].

Nótese a este respecto que, al encontrarnos en el marco de un Ordenamiento Jurídico que abraza la teoría de la separación patrimonial en un contexto de responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles, el establecimiento del régimen de responsabilidad de administradores que ha sido configurado por el legislador español tiene una doble finalidad: *(i)* por un lado, desincentivar conductas ilícitas de aquel que tiene encomendadas las funciones de administrador de una *[inanimada]* sociedad de capital y *(ii)* por otro, establecer mecanismos para que, en caso de que éstas se produzcan, aquellos que han sufrido daños (ya sea la propia sociedad, ya sean los socios y/o terceros) por ellas puedan verse directa o, al menos, indirectamente, resarcidos.

Pues bien, siendo éste el marco de acciones societarias establecidas por nuestro legislador para exigir responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital, pasaremos

[18] Destaca, en tal sentido, la Sentencia núm. 420/2019, de 15 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres) (RJ 2019\2808) (ECLI: ES:TS:2019:2387) que: *"El análisis comparativo de los requisitos exigibles para las acciones individual y social pone en evidencia que la responsabilidad solidaria frente a los acreedores por deuda social regulada en el art. 367 LSC genera una acción diferente de las previstas en la propia LSC en los artículos 238 -acción social por daño a la sociedad y 241 -acción individual por daño a socios y terceros- (sentencia 669/2011, de 4 de octubre). En concreto, cuando se trata de la acción prevista en el art. 367 LSC no es precisa la existencia de daño. Más aún, su objeto no es la indemnización por daño -por más que en ocasiones se identifiquen el daño con el importe de la deuda impagada- y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia -de hecho, se trata de una institución preconcursal dirigida a la liquidación societaria".*

[19] MARTÍN REYES, M.A., «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012, pp. 177-204, pp. 185-186, señala que *"en los dos supuestos expuestos –incumplimiento de promover la disolución o de solicitar el concurso ante la situación de insolvencia no contemplada por la junta de socios– se genera la responsabilidad por las deudas sociales posteriores a la fecha en la que acaeció la causa de disolución o insolvencia, ampliándose, en consecuencia, el marco de la exigibilidad por mera culpa o negligencia (artículo 367 TRLS C), pues lo que se contempla, en estos casos, no es una actuación contraria a los estatutos, a la ley o realizada sin la diligencia debida, aunque también lo es, sino una actividad del órgano de administración, al que se le puede imputar, además de la responsabilidad por daño, la responsabilidad por deudas sociales. Estamos, en consecuencia, ante una responsabilidad que difiere de la responsabilidad por daño anteriormente contemplada, tanto en cuanto su alcance y cuantía, como respecto de su naturaleza jurídica".*

a continuación a analizarlas en el presente Capítulo, y ello sin perjuicio de que, adicionalmente, en la medida en que el eje central del presente estudio gira en torno a la acción individual y su controvertida compatibilidad con la situación concursal de la compañía administrada, ésta será adicionalmente analizada respecto a este particular extremo *ut infra* en Capítulo Sexto.

1.2 LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

1.2.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* arts. 238 a 240 TRLSC

Antes de entrar a analizar en detalle los específicos artículos que el legislador español ha dedicado a regular la acción social de responsabilidad consideramos oportuno comenzar significando que la regla general sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital[20] se contiene en el art. 236.1 del TRLSC, el cual es del siguiente tenor literal:

> *"Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*
>
> *La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales".*

Así pues, el art. 236.1 TRLSC determina los sujetos responsables[21] *("los administradores"*), los sujetos ante quienes tales administradores responden *("frente a la*

[20] El lector podrá encontrar un completo análisis ordenado del régimen de los deberes y de imputación de responsabilidad de los administradores en HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord) y ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo», J.M. Bosch, 2015, ISBN: 978-84-9090-057-4.

[21] Por lo que respecta al ámbito subjetivo, ha de advertirse al lector que éste no solo se circunscribe en sentido estricto al administrador social -esto es, al administrador de derecho-, ya que nuestro legislador, especialmente tras la reforma del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, ha aclarado que ésta debe extenderse a otros sujetos tales como el administrador de hecho -al que no obstante con carácter previo a esta reforma ya se le extendía expresamente esta

sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales") y las estructuras de imputación de responsabilidad (*"por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa"*[22]). Asimismo, la norma deja bien a las claras que esta responsabilidad tiene una función indemnizatoria o resarcitoria: es una responsabilidad civil por daños reales que se hubieran irrogado por su actuación u omisión (*"responderán… del daño que causen"*).

Este precepto es el que, por tanto, a día de hoy, marca las principales pautas a tener en cuenta en lo que respecta a los presupuestos y requisitos generales que resultan de aplicación tanto a la acción social de responsabilidad del art. 238 TRLSC, cuyo estudio actualmente nos ocupa, como a la acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLC a la que *ut infra* nos referiremos.

Nótese, asimismo, que en el vigente art. 236.1 *in fine* TRLSC (introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico tras la reforma operada por el art. único.20 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo)[23] se establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad respecto

responsabilidad-, al alto directivo -bajo determinadas circunstancias-, la persona jurídica administradora y el representante de ésta; extremos cuyo análisis se realizará *ut infra* en el Capítulo Segundo del presente trabajo.

[22] Nótese, a este respecto, que la exigencia expresa de la presencia de *"dolo o culpa"* fue introducida en el actual art. 236.1 TRLSC con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, si bien, aun cuando ello pudiese parece que con esta reforma se dificultó el eventual ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad de administradores, ello debe ponerse no obstante en consideración con la correlativa introducción en el citado apartado *in fine* de una presunción *iuris tantum* relativa a la culpabilidad del administrador; presunción que, sin perjuicio de que será objeto de detallado estudio *ut infra* en el presente trabajo, cabe ya significar que al establecer que *"la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales",* lo que *a priori* podría resultar un endurecimiento del ejercicio de esta acción en última instancia podría considerase que éste queda neutralizado -si se nos permite la expresión-; ello sin perjuicio de que, lógicamente, por la propia configuración de la presunción ésta pueda ser desvirtuada con la práctica de prueba en contrario.

[23] Un completo análisis de esta responsabilidad de administradores en su actual configuración puede encontrarse en GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general.*

de aquellos actos que sean contrarios a la ley o a los estatutos sociales, lo que facilita el ejercicio de esta acción ante los tribunales y hace recaer la carga de la prueba de la inexistencia de esta culpabilidad en el propio órgano de administración, algo que no resulta en modo alguno baladí ya que, como se evidencia de las posteriores resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales en las que se han enjuiciado actuaciones que quedaban amparadas ya por esta reforma, esta presunción puede resultar determinante para la resolución del caso[24].

En cuanto a los sujetos que pueden exigir responsabilidad a los administradores, el art. 236.1 TRLSC se expresa con una claridad meridiana al señalar que *"los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen…"*. Por ello, y según que el daño se cause directamente al patrimonio social, o que se lesionen directamente los intereses de socios o de acreedores sociales, el Ordenamiento societario ofrece dos tipos de acciones distintas.

Por una parte, para el supuesto en que la conducta de los administradores cause un daño directo en el patrimonio social, nuestro Derecho de Sociedades configura la denominada

La administración de la sociedad (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A. y SÁNCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3261-3390.

[24] *Vid.*, entre otras, lo dispuesto en la Sentencia núm. 106/2024, de 14 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Berjano Arenado) (JUR 2024\156093) (ECLI:ES:APH:2024:156), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se destaca esta presunción iuris tantum en los siguientes términos: *"Para ello, será necesario que exista un acto u omisión contrario a la Ley o a los Estatutos o realizado incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de cargo - mediando dolo o culpa -, y que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal, y que, como consecuencia, del mismo se haya producido un daño al interés social (art. 236 LSC, común para ambos tipos de acción). En cuanto a la existencia de la culpa o el dolo por parte del administrador hay que aclarar que, tras la entrada en vigor de la referida Ley 35/2014 (RCL 2014, 1734y RCL 2015, 349) el 24 de diciembre de 2014, según nueva redacción dada al citado art. 236.1 in fine LCS , tanto una como el otro se presumen siempre que el acto cometido por aquél hubiera sido contrario a la Ley o a los Estatutos sociales, presunción que no se recogía en la redacción anterior a dicha data en el mencionado precepto, con lo que la prueba de que tal contravención normativa se realizó por medio de culpa o dolo debía ser plena y correspondería a la parte que la invoca. En cualquier caso, dicha presunción sería iuris tantum, con lo que admitiría prueba en contra".*

acción social de responsabilidad (artículos 238 a 240 del TRLSC), que es la que ahora centra nuestro estudio[25].

Como hemos anticipado, esta acción social persigue la reintegración o reconstitución del patrimonio social, lesionado por la conducta de sus administradores, debiendo concurrir para su ejercicio cumulativamente la totalidad de los requisitos que al efecto se establecen, cuyo detallado análisis llevaremos a cabo a continuación.

1.2.2 Presupuestos para el éxito de la acción social de responsabilidad. Necesaria concurrencia cumulativa de todos ellos

En el ejercicio de esta acción social, como en el de cualquier otra acción indemnizatoria de carácter contractual, aquel que proceda a su ejercicio judicial deberá acreditar que resulta imputable a la parte demandada (en su condición de administrador) una acción u omisión antijurídica, culpable, generadora, causalmente, de un daño patrimonial efectivo, en el caso de la acción social, de carácter directo en el patrimonio de la sociedad que administra.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y nuestros autores coinciden pacíficamente al identificar, con base en el art. 236 del TRLSC, los elementos, presupuestos o requisitos para que surja la responsabilidad civil de un administrador societario. Tales elementos o presupuestos de esta responsabilidad pueden ser sucintamente identificados en los siguientes tres extremos:

[25] Aun cuando, como ya ha sido advertido, el eje central del presente trabajo recae en la controvertida consideración de la acción individual de responsabilidad del administrador como una herramienta de protección del acreedor de una sociedad de capital declarada en concurso, a fin de poder ofrecer una completa contextualización hemos considerando conveniente ofrecer al menos aquellas reflexiones que consideramos más relevantes en torno a las vías societarias y concursal a disposición del acreedor para exigir la responsabilidad del administrador y, dentro de la vía societaria, resulta imprescindible atender tanto a la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 del TRLSC) que aquí se analiza, como a la acción de responsabilidad por deudas (art. 367 TRLSC) que, *ut supra*, también analizaremos.

(i) La existencia de una conducta (acción u omisión) antijurídica o negligente (también dolosa) por parte del administrador social, por infringir la Ley, los estatutos o, en su caso, no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; configuración por tanto que se aleja del marco de una eventual responsabilidad objetiva como la configurada en otros ámbitos de la responsabilidad civil.

(ii) La causación de un daño directo a la sociedad. Así pues, se exige que la conducta antijurídica, o negligente (también dolosa) del administrador lesione directamente los intereses de la sociedad, quien con el ejercicio de la acción social de responsabilidad (que también puede ser ejercitada en los casos legalmente previstos por los socios e, incluso, por los acreedores, sin que ello altere la posición de la compañía como beneficiaria directa de su éxito) trata de que se restaure su propio patrimonio.

(iii) La existencia de un nexo causal entre la conducta antijurídica o negligente y el daño. La producción del daño tiene que derivar del comportamiento antijurídico o negligente (también doloso) del administrador, en adecuada relación de causalidad.

Vemos por tanto cómo, frente a la sociedad administrada, las acciones indemnizatorias que traen causa en las conductas negligentes y desleales del administrador encuentran amparo a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad como medio de recomponer el patrimonio social dañado por la actuación del administrador (art. 238 TRLSC).

Y, ante esta configuración, nuestros juzgados y tribunales son claros a la hora de identificar estos requisitos exigidos para el éxito de la acción social, siendo éstos que acaban de ser expuestos los que ya se recogían en la clásica Sentencia de la Sala Primera

del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2012[26], en análogos términos a los empleados en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (en ambos casos, ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)[27].

La misma conclusión se alcanza igualmente en la Sentencia núm. 732/2014, de 26 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2015\54779) (ECLI:ES:TS:2014:5724); o del mismo Ponente, la Sentencia núm. 281/2017, de 10 mayo, dictada por Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\2190) (ECLI:ES:TS:2017:1859).

La necesaria concurrencia de todos los anteriores requisitos para que pueda reconocerse la responsabilidad es pacíficamente admitida en la doctrina, destacando a continuación lo dispuesto al respecto por algunas de sus voces más autorizadas:

- *"El tenor de esas resoluciones judiciales considera que el régimen del art. 236.1 de la LSC se enmarca dentro del sistema de responsabilidad civil y su aplicación está sujeto a la concurrencia de las siguientes premisas: 1ª) un comportamiento*

[26] Sentencia núm. 391/2012, de 25 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\8853) (ECLI:ES:TS:2012:5815): *"De la exégesis de la norma se deduce -como declaramos en la sentencia 760/2011, de 4 de noviembre, reproduciendo la 477/2010, de 22 de julio- que para dar lugar a la responsabilidad prevista en el mismo es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: -un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño".*

[27] Sentencia núm. 889/2011, de 19 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (RJ 2012\297) (ECLI:ES:TS:2011:8993): *"1) Que la condena de los administradores a indemnizar a la sociedad al amparo de la previsión contenida en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 236 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital-, como declara la sentencia 477/2010, de 22 de julio (RJ 2010\6569), exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores, sin que a ello fuese obstáculo que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a "acción". b) Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal. c) Que la conducta sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal. d) Que la sociedad sufra un daño. e) Que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño".*

activo o pasivo desplegado por los administradores; 2ª) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; 3ª) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante legal; 4ª) que se produzca un daño; y 5ª) que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño" (GARCÍA GARCÍA, E., 2021)[28].

- "*El tratamiento del régimen de responsabilidad de los administradores del art. 236 LSC a partir del tratamiento de la responsabilidad civil como tema conceptual propio del ámbito civil requiere que para atribuir la obligación de indemnizar un daño al administrador que ha observado un determinado comportamiento, causalmente enlazado con el resultado dañoso, se decida primero si la conducta es ilícita, para, con posterioridad, constatar la concurrencia de culpa o dolo en el comportamiento no permitido, cuestión que pertenece al campo de la culpabilidad y presupone imputabilidad"* (MUÑOZ PÉREZ, A.F., 2011)[29].

- "*La responsabilidad se desencadena cuando se produce un daño conectado causalmente a la acción u omisión ilícita y culpable de aquel a quien se exige su reparación*" (QUIJANO GONZÁLEZ, J., 2011)[30].

[28] GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», *cit.,* p. 3264.

[29] MUÑOZ PÉREZ, A.F., «Capítulo III. Presupuestos de la responsabilidad de los administradores», en *AA.VVV., La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Coord. GUERRA MARTIN, G.*), La Ley, Madrid, 2011, ISBN 978-84-8126-833-1, pp.105-152, p. 122.

[30] QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Art. 236. Presupuestos de la responsabilidad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1691-1700, p. 1698.

- "*Para que tal responsabilidad surja es necesario que concurran otros presupuestos, además del daño, cual es que se produzca un acto ilícito de los administradores, (contrario a la ley, a los estatutos o sin la diligencia debida) y que exista una relación de causalidad entre el acto de los administradores y el daño*" (SÁNCHEZ CALERO, F., 2007)[31].

No nos extenderemos más en ello por cuanto en este caso nos encontramos ante extremos sobradamente conocidos respecto de los que no existe controversia.

Ahora bien, no debe olvidarse que, a la hora de analizar la actuación del administrador no solo hay que atender a estos requisitos sino que también, inexorablemente, habrá que determinar si ésta estaría o no amparada por la protección de la discrecionalidad empresarial conocida como *"business judgment rule"* –positivizada finalmente en nuestro Ordenamiento Jurídico, tras un previo reconocimiento jurisprudencial, por medio del art. 226 del TRLSC, modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo–, la cual impide revisar en vía judicial aquellas decisiones que han sido tomadas por el órgano de administración sobre sobre la base de información razonable, de buena fe, de forma independiente y sin interés personal en el asunto, siempre eso sí, que no supongan actos contrarios a la ley o los estatutos; excepción ésta a la eventual responsabilidad del administrador cuyo estudio, no obstante, realizaremos *ut infra* en el Capítulo Segundo, a cuyo contenido aquí nos remitimos.

En todo caso, dejando a un lado esta protección, llegados a este punto consideramos oportuno entrar a analizar, con un carácter más detallado, los ya anticipados presupuestos

[31] SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2ª Edición, 2007, ISBN 978-84-470-2773-6, pp. 317-318.

o requisitos que, cumulativamente, deben cumplirse para el éxito de la acción social de responsabilidad.

a) Actuación de los administradores no acorde con la ley y/o con los estatutos sociales. Existencia de conducta antijurídica e incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 236.1 y 238 del TRLSC, la responsabilidad de los administradores sociales nace cuando, por acción u omisión, contravienen la Ley, los estatutos sociales o incumplen los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador y, con ello, se lesionan los intereses de la sociedad.

Debe partirse en todo caso de una premisa básica, y es que a los administradores les incumbe un deber objetivo de cuidado que puede ser sucintamente definido como el deber de no dañar ni perjudicar a los demás, cuyo cumplimiento exige emplear la diligencia de un ordenado empresario y cumplir con los deberes derivados de su cargo, así como aquellos que les impongan las leyes o los estatutos. Ello, puesto en relación con los terceros directamente afectados por su actuación, hace que sus actuaciones sean susceptibles de determinar su responsabilidad directa cuando lo infringen, lo que se traduce en un incumplimiento directamente imputable a los administradores que incurren en negligencia en el desempeño de las funciones de su cargo, esto es, actuando como órgano social.

Asimismo, debemos tener también presente el deber de lealtad, que se establece en el art. 227 TRLSC y se detalla en los artículos 228 a 232 del citado texto legal; deber que impone a los administradores la defensa del interés social por delante del interés personal. Así pues, este deber de lealtad puede sintéticamente ser definido como la obligación del

administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de existir un conflicto de interés (RIBAS FERRER, V., 2011)[32].

Por tanto, el deber de lealtad proscribe aquellas conductas que llevan a cabo los administradores que, ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio, supongan en última instancia la obtención de cualquier tipo de ventajas por estos a expensas de la sociedad que administran (LLEBOT MAJÓ, J.O., 2016)[33].

Como apuntábamos, este deber se contempla actualmente en el ámbito de las sociedades de capital a través de la cláusula general del art. 227 TRLSC, que exige a los administradores desempeñar su cargo como un representante leal bajo los siguientes términos:

> *"Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".*

Como seguro habrá podido ya advertir el lector, este deber encuentra su justificación en la efectiva existencia de potenciales conflictos de interés entre el administrador y la propia sociedad administrada; conflictos que se pueden considerar inherentes a la propia naturaleza de la relación de administración y, por tanto, de cierta frecuencia práctica.

Pues bien, ante estas más que probables situaciones de conflicto, la finalidad del deber de lealtad no es otra que la de alinear los intereses de la sociedad y del administrador, imponiendo al administrador una obligación de anteponer, cuando las situaciones de conflicto se produzcan, el interés social al personal, lo que a su vez lleva aparejada la

[32] Véase RIBAS FERRER, V., «Artículo 226. Deber de lealtad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1620-1626, p. 1620.

[33] LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en *AA.VV., La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., Dir. por. ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 6ª ed., ISBN 9788491199731, pp. 27-58, p. 37.

obligación de abstenerse de obtener un beneficio que deba ser obtenido por la sociedad que administra.

La idea central que parece presidir este deber de lealtad se circunscribe así en última instancia a la exigencia de subordinar el interés del administrador cuando éste se encuentra en una situación de conflicto con la sociedad y, de manera inherente a ella, surge la obligación de comunicar todo conflicto a la sociedad consagrado en el art. 229.3 TRLSC[34].

El fundamento de esta obligación de comunicación encuentra su ser, precisamente, en el propio deber del administrador de proteger el interés social por encima del suyo propio.

Y es que, recordemos, las concretas situaciones que en el art. 228 TRLSC, bajo la rúbrica de *"Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad"*[35], se regulan como supuestos de vulneración del deber de lealtad, pueden ser resumidas como sigue:

[34] El cual preceptúa que:

> *"En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.*
>
> *Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259".*

[35] El lector podrá encontrar un completo análisis de este deber, indisponible para las partes y de naturaleza imperativa, junto con la correlativa responsabilidad de administradores que lleva aparejado en MEJOIMIL GONZÁLEZ, A., *Deber de lealtad y responsabilidad de los administradores,* Aranzadi Derecho Sociedades, 52, 2023, ISBN: 978-84-1163-457-1, donde la autora destaca que este deber "*se configura como el patrón de referencia a modo de guía de la debida conducta del administrador, cuya importancia tiene como fiel reflejo su caracterización como indisponible, debiendo éste en todo caso se respetado; deber que únicamente se encuentra matizado o suavizado por el propio legislador a través del instituto de la dispensa bajo el sistema de autorizaciones singulares cuyo fin es posibilitar a los administradores el desarrollo de determinadas conductas que supongan un conflicto de interés con la sociedad. De manera que, ante una situación de conflicto de intereses, la sociedad puede decidir el otorgamiento del permiso para que una conducta concreta, correcta y debidamente identificada, pueda ser desarrollada por el administrador".*

(i) Desviación de poder: descrito como el deber que tiene el administrador de *"no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas"*.

(ii) Violación del deber de secreto[36]: ya que el administrador está obligado a "*guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera"*.

(iii) Violación del deber de abstención: debiendo por tanto el administrador *"abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado"*.

(iv) Actuación dependiente: y es que éste deberá *"desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros"*.

(v) Actuación en situaciones de conflicto de interés sin contar con la oportuna dispensa: deber que infringirá en caso de no "*adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad"*.

[36] Recomendamos respecto de esta obligación de guardar secreto del administrador social la atenta lectura de ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ISSN 0035-5887, Vol. 114, Nº. 3, 2016, pp. 1 y ss. edición digital.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 octubre de 2011 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)[37], señalaba que, como una concreción del principio general de buena fe que debe presidir en la ejecución de cualquier contrato, se encuentra el principio de lealtad o primacía del interés social respecto de aquel al que se le ha encomendado su gestión o administración.

El administrador por tanto debe ser fiel al interés social en cualquier caso; esto es, ya estén en juego sus intereses personales, los de personas a él vinculadas o los de otra empresa que, asimismo, administre[38].

Por ello, el segundo de los elementos que contiene el artículo 227 TRLSC preceptúa que el administrador desempeñe el cargo con la lealtad de un fiel representante *"...en el mejor interés de la sociedad"*. Como parte de una relación de gestión, el administrador tiene el deber no sólo de promover, sino también de defender el interés de la sociedad, lo que obedece a la finalidad perseguida por nuestro legislador de tutela de la sociedad mediante sus deberes de fidelidad que mantiene con ella.

Como han señalado nuestros juzgados y tribunales, el deber de lealtad conlleva el desempeño del cargo anteponiendo siempre, y en todo caso, el interés social al particular, siendo un buen ejemplo de ello por su claridad, entre otras, la Sentencia de la Audiencia

[37] Sentencia núm. 662/2011, de 4 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (RJ 2012\759) (ECLI:ES:TS:2011:7170): *"En las denominadas relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal, nuestro ordenamiento, como concreta manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquel"*.

[38] En relación con el deber de abstención del administrador respecto de las oportunidades de negocio de la sociedad véase ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad», *Revista de derecho de sociedades,* ISSN 1134-7686, Nº 43, 2014, pp. 175-207.

Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 10/2009, de 13 enero de 2009 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luís Garrido Espá)[39].

Y es que no olvidemos que, en particular, el art. 225 TRLSC[40] configura el deber de diligente administración sin exigir al administrador un determinado comportamiento, sino que, atendiendo a una fórmula más general que pueda abarcar la totalidad de las actuaciones que pueda llevar a cabo en el complejo y casuístico desempeño de su cargo, lo que exige el legislador es que éste desempeñe su cargo de acuerdo con el modelo o estándar de conducta del *"ordenado empresario"*, lo que implica el reconocimiento de un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que le permite elegir entre aquellas opciones razonables dadas las circunstancias del caso.

Ésta es la configuración legal a la que nos enfrentamos, por lo que cabe decir que el administrador, ante un eventual enjuiciamiento de sus actuaciones sobre la base del ejercicio de esta acción, deberá razonar y, justificar, que la concreta actuación objeto de revisión era razonable atendiendo a las circunstancias en la que se tomó la decisión, tratando así de defender la inexistencia de conducta antijuridica, culposa o negligente que le pudiese ser imputada.

---

[39] Sentencia núm. 10/2009, de 13 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC 2009\1601) (ECLI:ES:APB:2009:6131): *"Implica la obligación de desempeñar el cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad al interés particular, de modo que ante cualquier situación de conflicto el administrador está obligado a no sobreponer sus intereses particulares a los de la sociedad"*.

[40] La literalidad del precepto es la siguiente:

"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones".

Ahora bien, dado que lo que se busca con el ejercicio de esta acción no es otra cosa más que la protección del patrimonio de la sociedad, no debemos olvidar que, en caso de no cumplirse cumulativamente el requisito de causación de un daño directo a la sociedad, la responsabilidad del administrador quedaría salvada.

La infinita casuística práctica a la que nos enfrentamos en este apartado impide realizar consideraciones más allá de las que han sido expuestas, si bien sí que puede ser destacado aquí que la lectura de las numerosas resoluciones judiciales dictadas por nuestros juzgados y tribunales evidencia una suerte de "unanimidad judicial" -si se nos permite la expresión- a la hora de identificar estos requisitos como punto de partida de su enjuiciamiento y aplicación al caso concreto[41], lo que no es más que el reflejo del fiel respeto de estos requisitos legales en el ámbito forense.

[41] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 133/2010, de 9 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) (RJ 2010\3789) (ECLI:ES:TS:2010:1862) o la Sentencia núm. 1076/2007, de 8 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) (RJ 2007\6806) (ECLI:ES:TS:2007:6169). Más reciente, acogiendo esta pacífica y clásica doctrina jurisprudencial encontramos la Sentencia núm. 181/2016, de 29 julio, dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D Alfonso Santisteban Ruiz) (JUR 2016\217664) (ECLI:ES:APLO:2016:300): *"En cuanto los requisitos de la acción social , prevista en los artículos 238 a 240 LSC uno/2010 debe indicarse que en la acción social es la propia sociedad la que se dirige contra sus administradores para que éstos restituyan al patrimonio de la entidad el valor del daño que le hubiesen ocasionado como consecuencia de una actuación u omisión antijurídica en el desempeño de sus cargos. La finalidad perseguida por la acción ejercitada podemos encontrarla en la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 13 de enero de 2009 (casada en parte por la STS de 3 de septiembre de 2012), cuando argumenta que "Con carácter general, la acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales que instaura el artículo 134 TRLSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) (de aplicación a las de responsabilidad limitada), que responde al esquema típico de la acción indemnizatoria por una conducta antijurídica que ha causado un daño , tiene por objeto reconstruir el patrimonio de la sociedad en la medida en que haya sido dañado o perjudicado por una actuación u omisión de los administradores que se revela antijurídica por ser contraria a la Ley, a los estatutos o a la diligencia debida en función de los deberes legales inherentes al desempeño del cargo (art. 133.1TRLSA), teniendo en cuenta el canon de diligencia y los deberes que imponen los arts. 121 y siguientes del TRLSA ... En todo caso, es preciso para que prospere la acción la demostración de un acto u omisión que suponga una contravención, aquí, de esos deberes de lealtad y fidelidad, y de un nexo causal lógico y adecuado entre tal actuación antijurídica y la causación del daño o perjuicio al patrimonio o interés social".*

b) Que la conducta antijurídica, culposa o negligente genere un daño a la sociedad administrada

Como ha sido ya advertido, no sólo es necesario que se haya producido una conducta antijurídica, culposa o negligente por parte del administrador, sino que también inexorablemente resulta imprescindible que con ésta se cause un daño a la sociedad administrada, tal y como así se han encargado de significar nuestros juzgados y tribunales, pudiendo destacar, entre otras, la Sentencia núm. 208/2014, de 5 septiembre, dictada por Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes)[42], en la que se resume -y posteriormente aplica- esta consolidada doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo destacando que *"el éxito de la acción social de responsabilidad también exige que los actos antijurídicos de los administradores hayan causado un daño a la sociedad"*.

En la misma línea encontramos, entre otras, la Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez)[43].

[42] Sentencia núm. 208/2014, de 5 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) (JUR 2015\1711) (ECLI:ES:APGR:2014:1491): *"La sentencia analiza estos requisitos y descarta una responsabilidad del administrador ahora apelado, que en palabras de la STS de 17 de noviembre de 2011 precisa para su condena una actuación que merezca ser calificada como contraria a la ley o a los estatutos o que se hubiera ejecutado sin la diligencia con la que debían desempeñar el cargo. Esto es, defender los intereses de la sociedad que administra desde cánones y con el estándar o modelo de comportamiento ajustado a la buena fe, y sin olvidar que el éxito de la acción social de responsabilidad también exige que los actos antijurídicos de los administradores hayan causado un daño a la sociedad ya que, volvemos a reiterarlo, la finalidad de dicha acción es reintegrar el patrimonio de ésta. A la necesidad del daño, continúa diciendo esta sentencia, y de la consiguiente relación causal se han referido, entre otras, las sentencias de 31 de diciembre 2003, de 4 de abril 2006, de 5 de octubre 2007, de 8 de octubre, y de 20 de julio 2010. Ninguno de esos presupuestos concurre, o por mejor decir, se han acreditado, y al igual que ocurre en el procedimiento anterior (J.O. 453/2009) no existe constancia de actos contrarios a la ley ni deslealtad en el ejercicio de su gestión."*

[43] Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC 2021\303) (ECLI:ES:APM:2020:14585): *"Lo primero que conviene matizar es que la infracción del deber de lealtad no constituye un elemento esencial de la acción social de responsabilidad. Es inherente a esta la producción de un quebranto patrimonial para la sociedad a consecuencia de la*

No debemos perder de vista que nos encontramos ante la configuración de una acción de responsabilidad de contenido indemnizatorio por lo que, presupuesto básico e imprescindible para el ejercicio de la acción es la existencia de un daño a la sociedad; daño que, además, debe haberse efectivamente materializado quedando excluidos aquellos supuestos de mero daño potencial o de riesgo que no se materializa finalmente ya que, en estos supuestos, no existiría obligación alguna de resarcir un patrimonio (el de la sociedad) que finalmente no se ha visto menoscabado.

Ahora bien, ello no obsta a que, una vez acreditada la existencia real de este daño, la reparación del patrimonio social exigida al administrador que con su conducta antijurídica (dolosa o culposa) lo dañó, se incluyan partidas como la del daño emergente y/o el lucro cesante, si bien en todo caso ello estará sometido a los requisitos generales exigidos tanto legal como jurisprudencialmente para su estimación[44].

---

conducta del administrador, de manera que, faltando el daño, esa clase de acción devendría improsperable".

[44] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 48/2023, de 25 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Teodoro Ladrón Roda) (JUR\2023\390185) (ECLI: ES:JMM:2023:3602), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo dedicado a analizar "*la acción social de responsabilidad de los administradores y la deslealtad del administrador",* acogiendo lo dispuesto por las voces más autorizadas de nuestra doctrina, destaca respecto del requisito del daño sufrido por la sociedad lo siguiente: *"El concepto de daño es desarrollado por el Magistrado D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA [[2] 2) Ibidem, págs. 3269 y ss.]en los términos que siguen: "5. Daño. La responsabilidad que puede exigirse al administrador social es de contenido indemnizatorio. Su objeto es el resarcimiento del daño. Por éste debemos entender, en el marco que aquí nos ocupa, cualquier clase de menoscabo patrimonial producido a otro sujeto. Los otros tipos de daño que puede padecer un sujeto, como podrían serlo el personal (físico) o el moral (sufrimiento, menoscabo de prestigio, etc), tienen un encaje más dificultoso en un tipo de responsabilidad que está pensada para compensar la producción de un menoscabo de orden patrimonial. Resulta inherente a la regulación de las sociedades de capital que los intereses en juego son precisamente los de orden puramente económico y de ahí puede deducirse que lo que puede reclamarse al administrador social es el daño que su proceder haya podido causar en el patrimonio ajeno. Cualquier otro tipo de reclamación tendría que ser planteada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual general, fundada en el principio "alterum non laedere", mas no en el marco de la normativa especial de la responsabilidad del administrador social, que solo puede tener un objeto limitado. El daño debe haberse generado de manera real, es decir, haberse materializado en una consecuencia práctica desfavorable, y no meramente potencial, para que pueda fundar la exigencia de responsabilidad. La exigencia de que el daño sea real y efectivo se compadece con la idea de que la indemnización a obtener debe tender a restituir el patrimonio dañado a la misma situación en la que hubiera estado de no haberlo padecido. La reparación puede comprender tanto el daño emergente (pérdida experimentada en el patrimonio del perjudicado, que*

c) Relación de causalidad

Es también incuestionable la inexistencia de nexo causal entre la supuesta lesión al haber social y la conducta del administrador.

Este requisito, por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, deberá ser acreditado, al menos a priori, por quien ejercita la acción por mor del art. 217.2 LEC sin perjuicio de que, en esta materia -al igual que en el resto- el juzgador pueda atender a lo dispuesto en el apartado séptimo del citado artículo acogiéndose así al principio de facilidad probatoria.

Debe destacarse que, para que la jurisprudencia considere que existe nexo causal, es necesario que la conducta de los administradores se haya realizado de forma injustificada a título de negligencia grave o culpa, tal y como se destaca, entre otras, en la Sentencia núm. 1076/2007, de 8 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) (RJ 2007\6806) (ECLI:ES:TS:2007:6169)[45].

---

deberá ser objeto de prueba en todo su alcance) como el lucro cesante (ganancia dejada de obtener, lo que precisará de la realización de un juicio prospectivo, pero asentado en datos objetivos, a partir del manejo de información contable, del auxilio de un dictamen pericial, etc) que haya generado la conducta lesiva. En cualquier caso, el perjudicado sólo debe ser compensado en la medida equivalente al daño efectivo por él experimentado, de manera que deberá detraerse el valor de cualquier ventaja que eventualmente pudiera haberle deparado el hecho dañoso (la percepción de beneficios obtenidos de una operación, etc), pues de lo contrario podría generarse un enriquecimiento injusto. La carga de la prueba del daño incumbe al reclamante de la responsabilidad, pues rige la regla prevista en el artículo 217.2 de la LEC, ya que se trata de un hecho constitutivo del derecho que pretende ejercitar contra el administrador social al que demanda"".

[45] "*Pues bien, como ha reiterado esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 228) -recurso 1.727/1997 - para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad es preciso que concurra una conducta del administrador , bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño (art. 133.1 y 127 LSA [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]). La doctrina jurisprudencial, tanto bajo el régimen de la LSA de 1951 (RCL 1951, 811, 945), como en el vigente TR de 1989, viene exigiendo la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche (Sentencias, entre otras, 12 abril 1989 [RJ 1989, 3007], 11 octubre 1991 [RJ 1991, 6909], 16 junio 1992[RJ 1992, 5315], 25 mayo 1993 [RJ 1993, 3736], 26 julio 1994 [RJ 1994, 6781], 21 noviembre 1997 [RJ 1997, 8095], 29 abril 1999 [RJ 1999, 8697]), de tal manera que si no se acredita*

Por lo demás, este tercer requisito no presenta mayor especialidad respecto al tradicionalmente exigido para otras acciones cuya base radica en última instancia en el principio *neminem laedere* y la responsabilidad asociada al mismo, motivo por el cual no tampoco nos extenderemos más a este respecto.

1.2.3 Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social

En todo caso, y como última reflexión, debemos insistir en que, desde el punto de vista del acreedor social esta acción solo se presenta como una herramienta indirecta ya que, no olvidemos, el éxito de esta acción solo conllevará la recapitalización de la sociedad administrada pues será ésta la directamente beneficiada de su éxito judicial.

Ello es así por cuanto, no olvidemos, en última instancia el derecho que tienen los acreedores a que la sociedad dé fiel cumplimiento a la deuda que con ellos tiene contraría descansa en el principio de responsabilidad patrimonial consagrado en nuestro Ordenamiento Jurídico en el art. 1.911 CC[46].

De hecho, el legislador español tan solo ha otorgado una legitimación subsidiara al acreedor social para su ejercicio en el art. 240 TRLSC[47], lo que hace que solo se encuentre además legitimado para su ejercicio en aquellos supuestos en los que *(i)* no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios y *(ii)*, además, siempre que el patrimonio social

---

dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (entre las más recientes, SS. 16 de febrero [RJ 2000, 679] y 6 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8803]). Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, pues, la sentencia de la Audiencia Provincial coincidió con lo considerado por el Juez, en punto a que la entidad actora, aquí recurrente, en ningún momento ha pretendido acreditar que el afianzamiento no respondiera a una relación comercial entre ellas, y cuál ha sido el destino de la cantidad de veinte millones de pesetas, es decir, en suma no consta la relación de causalidad, al no conocerse los extremos en que se realizó la operación de afianzamiento, que prueben aquella relación entre la operación y el daño causado".

[46] *"Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".*

[47] El cual preceptúa que: *"Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos".*

resulte insuficiente para poder ver satisfecho su crédito, *(iii)* lo que supone inexorablemente que debe mediar la existencia de un crédito del acreedor insatisfecho por la sociedad[48].

Esta facultad otorga en todo caso una nueva herramienta de protección al acreedor social dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, ya que el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso el actual art. 240 TRLSC (anterior art. 134 TRLSA) les otorga esta legitimación subsidiaria a los acreedores para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad o sus socios, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social sin obtener ninguna preferencia para el cobro de su crédito[49].

Ahora bien, esta subsidiariedad en la legitimación plantea diversos interrogantes en cuanto a lo que sucede -o, al menos, debería suceder-, en caso de que la acción social sea

[48] No obstante, entendemos que dado que la finalidad del ejercicio de esta acción es la recomposición del patrimonio social, en aquellos supuestos en los que se cumplan fielmente el primero y el segundo de los requisitos expuestos, podría defenderse -aunque de manera controvertida- una suerte de flexibilización de la interpretación del tercero de ellos acogiendo como válido aquel supuesto en el que todavía el crédito del acreedor no es exigible pero, insistimos, ello única y exclusivamente cuando se evidencie que el deterioro patrimonial sufrido por la sociedad como consecuencia de la ilícita actuación del administrador hará imposible el eventual cobro de su crédito por el acreedor. En este sentido refiere GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 240. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3343-3356, pp. 3346-3347, que *"El vencimiento y la exigibilidad de las deudas no es una premisa que deba reunir precisamente el crédito del acreedor, al que de lo contrario se le impediría ejercitar una de las posibles acciones para la conservación de su derecho, sin que tenga sentido que, ostentado ya un interés legítimo, se le obligue a permanecer impertérrito cuando le consta que se estuviera volatilizando el patrimonio de la sociedad deudora a causa de la conducta de sus administradores".*

[49] Los paralelismos que puede presentar esta acción con la acción subrogatoria del art. 1.111 del Código Civil y las posibilidades de que un acreedor pueda plantear el ejercicio de la acción subrogatoria general en lugar de la acción social se analizan en CARRASCO PERERA, Á., «Acción social de responsabilidad subrogatoria y acción por daño directo de acreedores» *(Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo)*, octubre de 2019, pp. 1-5 en edición digital. Disponible a 16 de diciembre de 2024 en «https://ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/Acci%C3%B3n-social-de-responsabilidad-subrogatoria.pdf».

ejercitada por la sociedad y/o sus socios y, posteriormente, bien renuncien a ella, bien alcancen un acuerdo en el seno del procedimiento.

En estos supuestos entendemos que la posibilidad de que el acreedor social pueda interponer una nueva acción social debería quedar incólume so pena de menoscabar sus derechos -eso sí, supeditado como no podría ser otra manera a que se cumplan los requisitos para ello y, por ende, siga existiendo aun incluso después de la transacción operada un patrimonio social insuficiente para poder ver satisfecho completamente su crédito-, y ello por cuanto al no haber sido el acreedor parte de este previo procedimiento, consideramos que ni le resultarían de aplicación los efectos negativos de la cosa juzgada prevenidos en el art. 222.3[50] LEC ni, tampoco, se le extenderían los efectos de un acuerdo transaccional del que no formó parte en atención al principio de relatividad de los contratos que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico consagrado en el art. 1.257 CC[51]; extremos estos que, no obstante, ya advertimos que no estarían exentos de controversia por la propia literalidad del art. 240 TRLSC.

En todo caso, y retomando el resarcimiento solo indirecto que podría conseguir el acreedor social con el ejercicio de esta acción, debe señalarse que, efecto reflejo de lo anteriormente expuesto, lo encontramos en el análisis de la práctica forense donde se evidencia que, probablemente no solo por la legitimación subsidiaria que presentan *ex* art. 240 TRLSC[52], sino también y especialmente por la inversión en tiempo y costes judiciales inherentes al ejercicio de esta acción judicial -al igual que de cualquier otra-

[50] El cual preceptúa en su primer inciso que *"La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley".*

[51] "*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley".*

[52] Un completo análisis de esta legitimación subsidiaria puede verse en GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 240. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social», *cit*., pp. 3343-3356.

para el acreedor social, en contraposición del tan solo beneficio indirecto o reflejo que podrá obtener aun en caso de resultar exitosa, vemos cómo no suele ser la vía -o al menos la única vía[53]- por la que el acreedor social trate de exigir responsabilidad del administrador[54].

Vemos por tanto cómo, dadas las particularidades que presente esta acción desde el punto de vista del acreedor social, ello hace que su ejercicio no se muestre siempre como la opción más atractiva para él al solo obtener un resarcimiento indirecto a través de la recomposición del patrimonio social, motivo por el cual en muchas ocasiones trata de acogerse con preferencia -o como mínimo de manera acumulada[55]- al ejercicio de la

[53] Nótese, en este sentido, que son muchos los supuestos judiciales en los que el acreedor acumula en una misma demanda el ejercicio de diversas acciones de responsabilidad del administrador, siendo una de ellas esta acción social, debiendo no obstante estar a las reglas procesales que garanticen la correcta formulación de la demanda debiendo recurrir para ello, en ocasiones, a su ejercicio alternativo o subordinado. *Vid*., en tal sentido, lo dispuesto en la Sentencia núm. 499/2024, de 2 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Pilar Domínguez Comesaña) (JUR\2024\403296) (ECLI:ES:APOU:2024:717): "*El artículo 262.5 de la LSA regulaba la responsabilidad civil de los administradores por deudas sociales cuando no promoviesen la disolución de la sociedad (actual art. 367 del RDL 1/2010) y en los artículos 133 a 134 (actuales artículos 236 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital) regulaba la llamada acción individual de responsabilidad civil de los administradores. Como indica la jurisprudencia, no son acciones incompatibles entre sí, pues en el caso de responsabilidad por deudas se reclama la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de deudas sociales con las demandantes; mientras que en la acción individual se reclama la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores litigantes como consecuencia de una determinada conducta de los administradores que se considera contraria a la ley o a los estatutos, o que supone un incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo. Al no ser incompatibles entre sí, es posible su ejercicio acumulado; si bien, en supuestos como el que aquí nos ocupa en los que la pretensión que se interesa es la misma, condena solidaria de los administradores al pago de la deuda social, ambas acciones han de ejercitarse de forma alternativa o subsidiaria, no cumulativa, ya que el interés del acreedor se satisface estimando cualquiera de las dos acciones ejercitadas (STS 6/2011, de 10 de febrero y 606/2013, de 18 de octubre)".*

[54] De hecho, esta acumulación de acciones que acaba de ser apuntada no solo se lleva a cabo por los acreedores en la vía judicial respecto de otras acciones de responsabilidad de administradores, pues no debe olvidarse que adicionalmente el acreedor también dispone de otras acciones para defender sus legítimos intereses contra determinadas actuaciones que menoscaben el patrimonio de la sociedad haciendo incobrable su crédito, piénsese así, por ejemplo, en acciones tales como la acción subrogatoria y la revocatoria o pauliana, ambas recogidas en art. 1.111 CC.

[55] A fin de determinar la corrección de la eventual acumulación de acciones deberá acudirse a lo dispuesto en los arts. 71 a 73 LEC, y ello además debiendo tenerse presente el criterio establecido por nuestro más Alto Tribunal, primando en cierta medida el pragmatismo, en su Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 539/2012, de 10 de septiembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (RJ\2013\1605) (ECLI: ES:TS:2012:7528) y su posterior Sentencia núm. 315/2013, de 23 de mayo (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2013\3707) (ECLI: ES:TS:2013:2742), fruto de

acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLCS, cuyo estudio pasaremos a realzar a continuación.

1.3 LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR *EX* ART. 241 TRLSC

1.3.1 Consideraciones generales. Acción de configuración netamente jurisprudencial

La acción individual de responsabilidad de administradores se presenta como una herramienta jurídica que permite a aquél que se ha visto dañado por la conducta de un administrador societario en el *[indebido]* desempeño de sus funciones como tal, exigir la reparación de su daño al propio administrador.

Para ello, el actual art. 241 TRLSC, bajo la rúbrica *"Acción individual de responsabilidad"*, preceptúa, tras recogerse en los artículos precedentes la ya referida *ut supra* normativa general de responsabilidad societaria de los administradores, que *"quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos"*.

Pues bien, pese a que tradicionalmente la acción individual de responsabilidad contra a los administradores sociales ha formado parte del catálogo de acciones societarias que existen para enjuiciar la eventual responsabilidad del órgano social de administración de las sociedades de capital, sigue siendo todavía a día de hoy objeto de incesantes debates doctrinales y jurisprudenciales que han impedido *[e impiden]* obtener una pacífica y consolidada respuesta en muchos de sus aspectos, lo que en gran parte ha sido propiciado por su exigua regulación legal.

---

las cuales se estableció el criterio -vinculante por mor del art. 1.6 CC- de posibilidad de acumulación de acciones en demandas que deban ser enjuiciadas por los Juzgados de lo Mercantil aunando reclamaciones contractuales frente a la sociedad y de responsabilidad de administradores frente a éstos.

Este escenario ha provocado que nos encontremos ante lo que, si se nos permite la expresión, puede ser llegar a ser calificado como una "fluctuante" delimitación y configuración de esta acción e, irremediablemente, ello ha tenido como reflejo en la práctica judicial la adopción por parte de numerosos operadores jurídicos de estrategias procesales en las que se aunaba por la parte actora el ejercicio simultáneo de esta acción con otras acciones, difuminándose con ello en muchas ocasiones las líneas divisorias que, al menos en la teoría, existían entre ellas[56]; lo que además se acució, si cabe, con mayor intensidad, en los supuestos de cierre de *facto* de la sociedad ante el temor de que una eventual demandada que estuviese basada única y exclusivamente en esta acción pudiese ser desestimada al haber llegado a ser cuestionada, como veremos a continuación, incluso la sustantividad propia de esta acción.

En este escenario, además, como tendremos ocasión de analizar *ut infra* con mayor detalle en el Capítulo Quinto, tras la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, especialmente, con su posterior reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, esta acción y su inherente controversia tomaron un nuevo protagonismo al encontramos ante un panorama marcado por la ausencia de una normativa que coordinase (o prohibiese, si esa hubiese sido la opción legislativa) la eventual coexistencia de la responsabilidad concursal del órgano de administración social con el ejercicio de la acción individual de responsabilidad en el ámbito societario -esto es, fuera del ámbito concursal-.

De hecho, como veremos *ut infra*, la controversia que gira en torno a esta cuestión sigue todavía existiendo pese a las numerosas y posteriores reformas que ha sufrido nuestro

[56] *Vid.*, entre otros, SALDAÑA VILLOLDO, B., «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 274, 2009, pp. 1329-1368, p.1329, trabajo en el que el autor afirma con gran acierto que *"en el difícil camino recorrido doctrinal y jurisprudencialmente por la acción individual de responsabilidad, ha resultado especialmente compleja la determinación de la posición de esta acción respecto de figuras afines. Su delimitación frente a la acción social ejercitada por socios o acreedores (art. 134.4 y 5 LSA), así como su distinción respecto de la acción de responsabilidad por deudas prevista en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL no ha resultado fácil, fundamentalmente, desde el punto de vista del ejercicio ante los Tribunales"*.

Derecho de insolvencias ya que, si bien ya parecen vislumbrarse mayoritarios criterios jurisprudenciales respecto de alguno de sus extremos la realidad es que, fruto de la inexistencia de una más que deseada coordinación expresa entre el ejercicio de la acción individual y la tramitación del concurso de la sociedad administrada, aún son muchos los problemas prácticos a los que se enfrentan los operadores jurídicos que no encuentran unánime respuesta por parte de nuestros juzgados y tribunales.

En cualquier caso, y retomando el análisis al confuso escenario acrecentado tras la promulgación de la Ley Concursal, debe significarse que esta ausencia normativa provocó que muchos operadores jurídicos se preguntasen si era posible para el acreedor de una sociedad en situación concursal el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores para tratar de obtener la reparación del daño que habrían sufrido en su patrimonio; interrogante que, ya avanzamos, no tenía en aquel momento una pacífica respuesta ni, mucho menos, ésta podía generalizarse a todo tipo de acreedor concursal.

Este panorama ofrecía un indeseable grado de inseguridad jurídica (lo que, a nuestro juicio, cuanto menos ponía en cuestión el necesario respeto a lo dispuesto en el art. 9.3 CE) con una gran conflictividad en nuestros juzgados y tribunales, lo que ofreció la oportunidad a nuestro Tribunal Supremo de reconfigurar o, al menos, perfilar con mayor nitidez, los supuestos en los que los acreedores podían acudir al ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios. Ahora bien, como veremos *ut infra,* de las numerosas sentencias que en los últimos años se han dictado se evidencia una firme voluntad de poner coto a aquellos supuestos en los que el enjuiciamiento de la conducta del administrador *ex* art. 241 TRLSC tiene como sustento la mera situación de impago del crédito del acreedor social[57].

[57] Aun cuando tal extremo será objeto de detallado análisis *ut infra* en el presente trabajo, muestra de este actual criterio jurisprudencial establecido (o, al menos, perfilado) por nuestro Tribunal Supremo en los últimos años es lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia núm. 612/2019, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2019\4644)

No obstante lo anterior, esta actualización o, al menos, puntualización, de la doctrina jurisprudencial, inicialmente arrojó si cabía más dudas al encontramos ante pronunciamientos jurisprudenciales que, al menos en una primera apariencia, para muchos suponían la negación de la legitimación activa de los acreedores para el ejercicio de esta acción de la que tradicionalmente sí habían venido ostentando de manera incontrovertida cuando su ejercicio no planteaba simultaneidades con la situación concursal de la sociedad deudora.

En todo caso, como analizaremos a continuación, esta *[solo]* aparentemente novedosa suerte de falta de legitimación que comenzó a ser no solo defendida con generalidad respecto de los acreedores sociales por parte de la doctrina, sino también incluso aplicada por algunos juzgados y tribunales menores, finalmente ha sido aclarada y delimitada.

En todo caso, el estudio de la normativa de aplicación -y sus sucesivas reformas- completado con el correcto análisis y aplicación de la más moderna doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo ofrecerá una respuesta a los dos principales interrogantes que nos ocupan: *(i)* si los acreedores sociales están legitimados activamente para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los

(ECLI:ES:TS:2019:3626): "*Estimación del motivo. Como hemos reiterado en otras ocasiones, cuando un acreedor ejercita una acción individual de responsabilidad frente al administrador de una sociedad en la que el daño o perjuicio cuya indemnización se pretende es el impago de un crédito, es muy fácil caer en el riesgo de identificar "la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta errónea concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador" (sentencias 150/2017, de 2 de marzo, y 274/2017, de 5 de mayo). Por eso venimos insistiendo que "para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador, distinta de no haber pagado el crédito, que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito" (sentencia 580/2019, de 5 de noviembre). Es desde esta perspectiva, desde la que la jurisprudencia ha admitido el impago de un crédito como daño o perjuicio susceptible de ser indemnizado por una acción individual. En este caso el ilícito orgánico denunciado ha sido realizar un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación y una denuncia genérica de distracción de activos. En un supuesto como este la dificultad radica en apreciar una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito".*

administradores *ex* art. 241 TRLSC y, *(ii)* si, en su caso, esta posibilidad se mantiene cuando la sociedad de capital administrada está incursa en un procedimiento concursal, situación que lleva aparejada nuevos interrogantes de índole jurídico-procesal ante la inexistencia de un completo y expreso régimen de coordinación entre ambos regímenes.

Solo si la respuesta a estas dos cuestiones es, cumulativamente, afirmativa, se podrá considerar a la acción individual de responsabilidad contra los administradores como una verdadera herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en concurso.

Como veremos *ut infra* tanto en éste como en los siguientes Capítulos del presente trabajo, la respuesta a estos interrogantes no es sencilla[58], pues para ello deben analizarse algunas cuestiones tales como la propia compatibilidad de la acción con situaciones concursales tras la aprobación de la Ley Concursal, y especialmente de su reforma por la Ley 38/2011, teniendo en cuenta además si estos extremos se han visto o no afectados por las sucesivas reformas del Derecho de insolvencia que hemos vivido en España hasta llegar al actualmente vigente *[y reformado]* Texto Refundido de la Ley Concursal[59], así como la actual configuración jurisprudencial de la misma.

En todo caso, a fin de poder ir desgranando adecuadamente cada uno de estos extremos, comenzaremos con la realización de unas sucintas referencias a los antecedentes legislativos que han girado en torno a la acción individual de responsabilidad de administradores.

[58] Ni, tampoco, una vez alcanzada, como veremos, está exenta de problemas o cuestiones procesales que deberían ser abordadas por nuestro legislador, tal y como veremos *ut infra* en el presente trabajo.

[59] No debe olvidarse que el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, ha sufrido desde su redacción original importantes reformas de calado pese al escaso tiempo transcurrido desde que entró en vigor.

1.3.2 Antecedentes legislativos. Naturaleza jurídica: el histórico debate en torno a la propia concepción de la acción individual de responsabilidad contra los administradores

La primera de las cuestiones que debemos destacar al centrar el presente trabajo en la acción de responsabilidad individual contra los administradores, actualmente recogida en el art. 241 TRLSC, es la histórica controversia respecto de su propia configuración que sobre ella ha estado sobrevolando, si se nos permite la expresión, desde su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico *ex* artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951[60].

Nótese que este debate ha tomado, si cabe, un mayor protagonismo a partir de los primeros años de la década del 2010, ya que el incremento de su ejercicio judicial provocado por la crisis económica en la que nos vimos inmersos en el año 2009 dio lugar a numerosos, a la par que diversos, pronunciamientos judiciales, esencialmente en los tribunales menores, quienes se han enfrentado a la necesidad de aplicar una figura cuya configuración no solo es netamente jurisprudencial sino que, además, como ya ha sido advertido *ut supra*, no siempre ha sido objeto de una afinada delimitación por su habitual ejercicio simultáneo junto con otras acciones.

Y, de entre todas las discusiones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, que se han generado en torno a esta figura, debemos destacar en primer lugar la que gira en torno a su naturaleza jurídica y, especialmente, en torno a si ésta puede o no considerarse como una acción con entidad propia; extremo que fue objeto de inagotables discusiones condicionando incluso el diseño de las estrategias procesales por parte de los operares jurídicos.

---

[60] El artículo 241 TRLSC, en su actual redacción dada por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -tras el que no ha sufrido modificación alguna-, abandona el primer inciso de sus predecesoras normativas en las que su regulación venía precedida del carácter adversativo de la expresión *"no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes"*.

Como ya habrá podido advertir el lector, la determinación positiva o negativa respecto a si la conocida como acción individual de responsabilidad contra los administradores debe considerase como una acción en sí misma resulta determinante, ya que en caso de considerar que la exigua regulación del antiguo art. 81 LSA-51 (posterior 135 LSA y actual art. 241 TRLSC) no sea más que un recordatorio o, quizás, una mera reserva genérica de aquellas otras eventuales acciones extra societarias -esto es, de acciones no reguladas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al indicar única y exclusivamente dicho artículo, al igual que sus predecesores, que *"quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos"*-, que puedan corresponder a los socios y terceros frente a los administradores que incurren en responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, se ha encontrado inevitablemente unido al debate que, hasta la introducción del artículo 241 *bis* TRLSC con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre[61], ha existido en torno a su plazo de prescripción.

Así, y por lo que al debate en cuanto al plazo de su ejercicio respecta -debate que, insistimos, trae causa de la anteriormente controvertida concepción de la naturaleza jurídica de esta acción-, resulta oportuno traer aquí lo dispuesto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 749/2001, de 20 julio[62], en la que se reconocen

[61] Introducido por el artículo único (veintidós) de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en vigor a partir del 24 de diciembre de 2014, con el siguiente tenor literal (vigente sin modificaciones hasta el día de hoy): *"La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse".*

[62] Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia núm. 749/2001 de 20 julio dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) (RJ 2001\6863) (ECLI:ES:TS:2001:6416): *"La sentencia de primera instancia consideró prescrita la acción por entender aplicable el plazo de un año del art. 1968-2º CC, que entraría en juego por remisión del art. 943 CCom, citándose en apoyo de tal solución la sentencia de esta Sala de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4274). La sentencia de apelación, en cambio, rechazó la prescripción razonando que la obligación derivada de la negligencia del administrador, conforme a los arts. 133 y 135 LSA, no tenía naturaleza extracontractual, sino legal, y contaba con un plazo específico de prescripción que era el establecido en el art. 949 CCom, plazo de cuatro años no vencido al interponerse la demanda, citando el tribunal en su apoyo la sentencia de esta Sala de 22 de junio de 1995 (RJ 1995, 5179) en*

estos "vaivenes" jurisprudenciales que pasaron de una inicial aplicación del plazo de un año del art. 1968-2º CC por remisión del art. 943 del C. de Com.[63], a rechazar la naturaleza

cuanto modificaba el criterio de la de 21 de mayo de 1992. Lo antedicho revela una cierta fluctuación en las sentencias de esta Sala que ha continuado incluso después de dictarse la sentencia objeto de este recurso de casación".

[63] Continúa la sentencia recopilando esta fluctuación en los siguientes términos: "*Ciertamente la sentencia de 21 de mayo de 1992 (recurso 691/1990), sobre un supuesto de acción fundada en los arts. 79 y 81 de la LSA de 1951 (RCL 1951, 811, 945 y NDL 28531), aplicó a la acción individual de responsabilidad el plazo de un año del art. 1968-2º CC por remisión del art. 943 CCom, «al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico contenido en el principio "naeminem laedere" que alcanza también a las personas físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos (no mandatarios) del ente social», añadiendo que así opinaba también la mejor doctrina y que «el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 949 CCom es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad del art. 1902 CC complementado por el art. 81 LSA». En cambio la sentencia de 22 de junio de 1995 (recurso 306/1992), también sobre un supuesto de acción individual fundada en el art. 81 LSA de 1951, en este caso por culpa grave de los administradores demandados en el impago de materiales suministrados por la actora a la sociedad codemandada, declaró aplicable el plazo de cuatro años del art. 949 CCom porque «tales acciones de los terceros derivaron de relaciones contractuales de suministro de materiales a la entidad demandada que no han sido pagados en su totalidad, y cuyo crédito no deriva, por consiguiente, de acciones extracontractuales». Con posterioridad, la sentencia de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 8697) (recurso 3200/1994), ya con referencia a la LSA de 1989, consideró aplicable el plazo de cuatro años del art. 949 CCom en atención, fundamentalmente, al carácter de órgano societario, no mero mandatario, del administrador, si bien la acción ejercitada en el caso concreto se encuadraba más en el art. 262.5 que en el 135. Poco después la sentencia de 2 de julio (RJ 1999, 4900) del mismo año (recurso 3594/1994), sobre un supuesto de acción fundada en el art. 262.5 LSA, declaró que «el plazo de un año sí procede respecto a las acciones de naturaleza extracontractual y así sucede con la acción que se ejercita al amparo de los artículos 79 y 81 de la Ley de 17 de julio de 1951, pues al ser aplicable el artículo 1902 del Código Civil, el plazo prescriptivo es el del 1968-2º, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio; sin embargo el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 949 de dicho Código –artículo declarado vigente por Decreto de 14 de diciembre de 1951 (RCL 1951, 1562 y NDL 28532) y cuya validez se mantiene aún derogada la Ley de 17 de julio 1951–, es aplicable a otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a las responsabilidades del artículo 1902 del Código Civil, complementario del 81 de la Ley Especial (Sentencia de 21 de mayo 1992, que cita la de 11-10-1991 [RJ 1991, 6909]). La sentencia de 22 de junio de 1995 establece que el plazo de prescripción no es el de un año sino el que preceptúa el artículo 949 del Código de Comercio. Resulta más precisa y contundente la reciente sentencia de 29 de abril de 1999, en cuanto declara que con arreglo a la nueva normativa, al administrador se le estima, a todos los efectos, que su responsabilidad es de tipo contractual directamente con el ente. Meses más tarde la sentencia de 2 de octubre del mismo año 1999 (RJ 1999, 7009) (recurso 536/1995) consideró «innegable» la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los liquidadores fundada en el art. 279 LSA y, en consecuencia, entendió aplicable a la acción ejercitada contra ellos el plazo de un año. Finalmente, la sentencia de 31 de enero del corriente año (recurso 2188/1997), sobre un supuesto de acción individual fundada en el art. 81 LSA de 1951, ha declarado inaplicable el plazo de cuatro años del art. 949 CCom para, en cambio, decantarse por el de un año del art. 1968-2º CC en virtud de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a los terceros".*

extracontractual de la obligación del administrador[64] para reconocer su naturaleza legal sometida al plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 949 C. de Com.[65].

Reconocimiento tras el que, finalmente, nuestro más Alto Tribunal consideró necesario fijar doctrina a este respecto estableciendo en la referida Sentencia lo siguiente: "*Siendo por tanto necesario fijar la doctrina de esta Sala, debe declararse que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 LSA - TR 1989 es el de cuatro años del art. 949 CCom.".*

Vemos por tanto cómo, aun cuando solo contamos con el establecimiento expreso por nuestro legislador de un plazo de cuatro años de prescripción para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores *ex* art. 241 *bis* TRLSC desde el año 2014[66], en todo caso nuestro Tribunal Supremo ya fijó doctrina al respecto en esta Sentencia núm. 749/2001, de 20 julio[67] arrojando luz, si se quiere indirectamente, sobre la propia concepción de esta acción.

---

[64] El cual determina que *"Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común"*, mientras que, por su parte, art. 1968-2º CC, estable que *"Prescriben por el transcurso de un año: (...) 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado".*

[65] Artículo que preceptúa que *"La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración".*

[66] Recordemos, introducido en el TRLSC por el art. único.22 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, si bien como veremos con el establecido del *dies a quo* distinto al que previamente se consideraba de aplicación ex art. 949 C. de Com., como analizaremos ut infra en el Capítulo Segundo.

[67] La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resume los motivos que le llevaron a fijar como doctrina este plazo de cuatro años en los siguientes términos: *"Siendo por tanto necesario fijar la doctrina de esta Sala, debe declararse que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 LSA - TR 1989 es el de cuatro años del art. 949 CCom. Sin desconocer los respetables argumentos de la doctrina científica mayoritaria en pro del plazo de un año del art. 1968-2º CC, son razones que apoyan la solución aquí adoptada las siguientes: A) El art. 943 CC, punto de partida para llegar al art. 1968-2º CC, se refiere textualmente a «las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio». Sin embargo resulta que el propio CC, en su art. 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a «la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades», sin distinción alguna, por más que su*

En cualquier caso, dejando atrás las tradicionales controversias que han existido a este respecto, nos encontramos actualmente ante una doctrina jurisprudencial que, tras

---

emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose sólo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios. B) La acción individual de responsabilidad, ya corresponda a los socios, ya a terceros, se regula específicamente en un precepto de la LSA-TR 1989, el art. 135, que es una norma mercantil cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio, a tenor del art. 121 de este último y dado su carácter de Cuerpo legal básico en el ámbito mercantil, antes que en el Código Civil. C) Existiendo por tanto en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo de ejercicio de «la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades», no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas, las ejercitadas para exigir responsabilidad «por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902», debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general. D) La polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual contemplada en el art. 135 LSA cuando la ejerciten los terceros frente a los administradores es en cierta medida estéril: primero, porque cuenta con una regulación propia en dicho precepto que la especializa o especifica respecto a la obligación genérica, contemplada en el art. 1902 CC, de reparar el daño causado por culpa o negligencia; segundo, porque la parcial coincidencia de los requisitos o presupuestos de la obligación reparadora o indemnizatoria contemplada en cada uno de dichos preceptos no significa necesariamente identidad total, dada la conexión del art. 135 LSA con sus arts. 133 y 127.1, con la consiguiente referencia a un determinado modelo de diligencia cuya inobservancia determina la culpa del administrador, y la exigencia legal de que la lesión causada a los intereses de los terceros por los actos de los administradores sea directa; tercero, porque la acción individual contemplada en el art. 135 LSA lo es de indemnización «por actos de los administradores», es decir en cuanto tales administradores o por razón de su cargo, lo que refuerza la aplicabilidad del art. 949 CCom; cuarto, porque nada impide que junto con la acción del art. 135 LSA, por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del art. 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad, es decir no ya como tal administrador; quinto, porque si el art. 135 LSA se entendiera referido a la responsabilidad del administrador en su esfera personal, resultaría un precepto superfluo que perdería su justificación más segura como excepción a las reglas de imputación normalmente derivadas del carácter orgánico de la actuación del administrador; y sexto, porque la presunta nitidez de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a quienes no sean socios se desdibuja en gran medida cuando, como suele suceder en la práctica y ocurre también en el caso examinado, la acción se ejercita contra el administrador o administradores por un acreedor social que lo es precisamente en virtud de uno o varios contratos celebrados con la sociedad a través del propio administrador. E) La unificación del plazo de prescripción en el de cuatro años del art. 949 CCom aporta a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acudiendo de un modo lógico y dotado de un indiscutible apoyo normativo a un solo plazo para las acciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, con la ventaja añadida de la certeza que en tal caso se logra en orden al cómputo inicial del mismo plazo. F) Finalmente, siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción posiblemente aplicables, siempre habría que optar por el de mayor duración por ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada. De todo lo dicho se desprende que el motivo duodécimo que aquí se examina ha de ser desestimado, porque la sentencia recurrida aplicó correctamente el art. 949 CCom al considerar no prescrita la acción ejercitada contra el hoy recurrente, dado que los hechos imputados a éste en la demanda se situaban entre abril de 1991 y enero de 1992 y dicha demanda se presentó el 2 de septiembre de 1994".

protagonizar algunas vacilaciones, considera ya a esta acción individual de responsabilidad contra los administradores como una acción con entidad propia actualmente regulada en el art. 241 TRLSC[68], estando por tanto posicionada incontrovertidamente a día de hoy como una más dentro del catálogo de las acciones societarias que el legislador español ha establecido para enjuiciar la responsabilidad de los administradores -falta determinar si ello, además, a disposición de los de acreedores societarios-; acción cuyo plazo de prescripción se encuentra sometido expresamente *ex* art. 241 *bis* TRLSC al de *"cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse"* [69].

[68] Anteriormente en el art. 135 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA). Nótese que, si atendemos a las distintas reformas legislativas vividas en España, vemos cómo el legislador pretende configurar esta acción con entidad propia –así se desprende, por ejemplo, de la eliminación de la expresión *"no obstante lo dispuestos los artículos precedentes"* de su inicial redacción para su sustitución por "*quedan a salvo las acciones de indemnización que pudieran corresponder"*, acuñando finalmente la expresión *"acción individual"* con motivo de la regulación del referido artículo 135 TRL-SA.

[69] Este mismo plazo de prescripción de cuatro años se recogía en Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, cuya aprobación por el Consejo de Ministros tuvo lugar el 30 de mayo de 2014 -norma que comenzó su andadura en noviembre de 2006, con motivo del encargo realizado en aquel momento por el Ministro de Justicia a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil-. De hecho, si atendemos al texto incluido en la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado, fechada en marzo de 2018, vemos cómo su *Artículo 215-20. Prescripción de las acciones de responsabilidad*, mantiene la siguiente redacción: *"La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse";* y ello tras preceptuar en su previo *Artículo 215-19. Acción individual de responsabilidad* que *"Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a la sociedad, los administradores responderán del daño que causen directamente a los socios o a los terceros por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones".* Parece por tanto que, desde el año 2014, nos encontramos ante una evidente apuesta del legislador por despejar cualquier duda respecto de la configuración de la acción individual de responsabilidad de los administradores como una acción societaria más, independiente y con un plazo de prescripción de cuatro años. Ahora bien, nos encontramos ante una propuesta legislativa que, aun aportando un mayor grado de seguridad jurídica, continúa evidenciando una suerte de tibieza al no ofrecer una redacción que, incontrovertidamente, zanje la polémica. En tal sentido, véase PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital,* Primera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN: 978-84-9033-845-2, pp. 193-220 y GONZÁLEZ CABRERA, I., «Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la propuesta de código mercantil», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 41, 2013, ISSN 1134-7686, pp. 331-377.

Más en concreto, en cuanto a la naturaleza que para nuestros juzgados y tribunales tiene esta acción, podemos encontrar una definición autorizada ya en el año 2014, momento en el que este debate estaba avivado, debiendo destacar la Sentencia núm. 242/2014, de 23 mayo, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol)[70] en la que, dando respuesta a muchas de las cuestiones que venían siendo debatidas por la doctrina en aquel momento, nuestro más Alto Tribunal determinó que esta acción supone una especial aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario que, en todo caso, cuenta con una regulación propia y especializada que la separa en algunos aspectos de la genérica acción prevista en el art. 1.902 CC, centrada además en una actuación llevada a cabo por el administrador en el particular desempeño de las funciones de su cargo[71].

[70] Sentencia núm. 242/2014 de 23 mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (RJ 2014\2943) (ECLI:ES:TS:2014:2037): *"La acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica -y no en el ámbito de su esfera personal, en cuyo supuesto entraría en juego la responsabilidad extracontractual, del art. 1902 Cc (LEG 1889, 27)- plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, delimitando el ámbito de la responsabilidad que incumbe a la sociedad, que es con quien contrata, de la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación. En este último caso, pues, la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 Cc (SSTS de 6 de abril de 2006 (RJ 2006, 1892), 7 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2155), 24 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2066), entre otras). Se trata, de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo".*

[71] Por su claridad, destacamos aquí lo dispuesto en la Sentencia núm. 57/2023, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2023\192519) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Heredia del Real) (ECLI: ES:JMIB:2023:500) en la que, tras justificar la opción legislativa por la que se ha apostado a la hora de incluir un régimen de responsabilidad de los administradores sociales afirmando al efecto que *"La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles supone una excepción al principio de la limitación de responsabilidad tradicional en las sociedades de capital, que con carácter general está limitada a la aportación de los socios, y, en la práctica, como régimen especial de responsabilidad, se erige como un mecanismo de protección para la sociedad misma, los socios y los acreedores sociales, frente a situaciones en que una gestión fraudulenta o negligente por parte de un órgano de gestión ponga a la sociedad en un estado de peligro o insolvencia",* analiza en particular la acción individual *ex* art. 241 TRLC destacando que se trata de *"una acción de responsabilidad orgánica, propia y directa de los administradores, que cuando se predica de daños a terceros o acreedores sociales, no existe duda alguna que su naturaleza es de responsabilidad extracontractual, incumbiendo al actor de conformidad con doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la carga formal de la prueba de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Precisando según la STS 142/2013, de*

Los pronunciamientos judiciales nos hacen llegar así a la conclusión de que esta acción se encuentra indisolublemente ligada a la genérica acción de responsabilidad extracontractual regulada en el art. 1.902 del Código Civil[72], aun cuando se configura de manera específica y delimitada a los ilícitos orgánicos de administradores de las sociedades de capital en el desempeño su cargo[73]. De ello cabe concluir que en ambos casos los requisitos de prosperabilidad, en el plano teórico al menos, resultan comunes en lo que a su concepción respecta (eso sí, encontrándose circunscritos los inherentes a la acción individual a la especialidad de los hechos susceptibles de quedar subsumidos en el supuesto de hecho regulado en el art. 241 TRLSC y, por ende, todos ellos relacionados con las actuaciones llevadas a cabo por los administradores de las sociedades de capital en el concreto desempeño de sus funciones).

Es por tanto la acción individual una especialidad de la más general acción de responsabilidad extracontractual que nuestro legislador español consideró oportuno configurar de manera individualizada por las concretas particularidades que ésta presenta,

la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho 3º.1.2, " la concurrencia de los siguientes requisitos: a) acción antijurídica; b) desarrollo de la acción u omisión por el administrador o administradores en concepto de tales; c) daño directo a quien demanda; y d) relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño".”

[72] El cual preceptúa que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.*

[73] Destaca en este sentido GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 241. Acción individual de responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3357-3378, p. 3358, que *“la acción individual de responsabilidad de los administradores es, según viene preconizando abiertamente la jurisprudencia (aunque ello haya sido objeto, sobre todo en tiempo pretérito, de polémica doctrina), una modalidad de responsabilidad extracontractual (que está prevista, con carácter general, en el art 1.902 CC), que tiene carácter especial por razón de su encuadre en el marco societario y que dispone de su propia regulación dentro de éste (presupuestos, régimen de prescripción, etc.). Se trata de una responsabilidad en la que el administrador social puede incurrir con ocasión del desempeño de sus funciones en el arto, si comete lo que se conoce como un ilícito orgánico. Así la viene considerando la jurisprudencia (STS [Sala 1ª] 247/2017, de 5 de mayo, 150/2017, de 2 de marzo, 129/2017, de 27 de febrero, 472/2016, de 13 de julio y 253/2016, de 18 de abril)”.*

de entre las que caben ser destacadas a la luz de su *[exigua]* regulación legal y la jurisprudencia que la desarrolla:

(i) la legitimación pasiva recae, inexorablemente, sobre los administradores sociales de sociedades de capital,

(ii) el daño causado a los socios o terceros –que no a la sociedad– debe ser directo y, además, causado por los administradores por una actuación que pueda ser calificada como un ilícito orgánico, esto es, por una actuación y omisión culpable o al menos negligente llevada a cabo en el ejercicio de sus funciones y,

(iii) con un plazo de prescripción notablemente superior al del año establecido en el art. 1968 CC para la más genérica responsabilidad extracontractual *ex* art. 1.902 CC; el plazo de prescripción supera así el año hasta alcanzar el de cuatro años previsto, inicialmente con carácter general en el artículo 949 del Código de Comercio[74] y, actualmente recogido expresamente en el art. 241 *bis* TRLSC.

Ahora bien, teniendo presentes estos tradicionales requisitos exigidos por nuestros juzgados y tribunales debe significarse que, precisamente en lo que al objeto de este

[74] Determinaba *[y determina]* el art. 949 C. de Com. Que *"La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración"*. Con carácter previo a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, *Vid.*, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «Artículo 241. Acción individual de responsabilidad», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo I, Primera edición 2011, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2011, ISBN: 978-84-470-3719-3, pp.1728-1736, p.1730: *"la norma representa una especificación tipificada del legislador (respecto de la acción general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC) cuyo carácter propio depende de la subsistencia de la estricta relación entre el perjuicio causado y el acto realizado por el administrador en su posición orgánica. La especificación societaria –de su regulación especial– se pone de manifiesto en que: i) la responsabilidad derivada de la infracción de los deberes de cuidado y evitación de daños que incumbe a los administradores en el ámbito de su competencia orgánica; ii) en el carácter expresamente solidario (art. 237) y iii) en el alargamiento del plazo de prescripción a los cuatro años (obra de la jurisprudencia desde la citada STS de 20.7.2011; con posterioridad entre otras la STS de 28.4.2006). A su carácter extracontractual, obiter dicta, se refieren las SSTS 26.5.2005 y de 28.5.2005 y más directamente la de 9.1.2006 y de 6.4.2006. Claramente en STS 27.11.2008, se la califica de «responsabilidad de naturaleza extracontractual»"*.

estudio se refiere, esto es, en lo que respecta al posible ejercicio de esta acción por parte de un acreedor social que no ha visto cobrado su crédito ante la insolvencia de la sociedad y que considera que el impago social que ha sufrido es un daño cuya reparación pretende exigir por esta vía al administrador, tal y como será objeto de detallado estudio *ut infra*, la exigencia de cumplimiento de estos requisitos se aplica con un alto grado de rigor al no ser posible acudir indiscriminadamente a esta vía por cualquier incumplimiento de la sociedad so pena de *(i)* vulnerar los principios fundamentales de las sociedades de capital, entre los que se encuentra la personalidad jurídica de la sociedad y su autonomía patrimonial y exclusiva responsabilidad por las deudas sociales y *(ii)* quebrantar el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro art. 1.257 CC.

Ejemplo de esta actual concepción jurisprudencial de la acción individual de responsabilidad de administradores lo encontramos en la Sentencia núm. 193/2024, de 14 marzo, dictada por Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Pailos Nuñez)[75], en la se contiene un sintético y clarificador resumen de este actual criterio del Tribunal Supremo.

[75] Sentencia núm. 193/2024, de 14 marzo, dictada por Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR 2024\149726) (ECLI:ES:APOU:2024:209): *"De acuerdo con la STS 665/2020, de 10 de diciembre (RJ 2020, 4849), y las en ella citadas sentencias 253/2016, de 18 de abril , 472/2016, de 13 de julio, 129/2017, de 27 de febrero, y 150/2017, de 2 de marzo, "la acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 241 TRLSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC (LEG 1889, 27). Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por el administrador social en el desempeño de sus funciones del cargo." "En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC). Pero el art. 241 LSC también reconoce a los socios y a los terceros una acción individual contra los administradores, cuando la conducta de estos en el ejercicio de su función les hubiera ocasionado un daño directo (...)." "Ahora bien, con carácter general, hemos declarado de forma reiterada (por todas, sentencia 274/2017, de 5 de mayo) que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC." "(...) Como afirmamos en las sentencias 242/2014, de 23 de mayo y 131/2016, de 3 de marzo, la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad*

En cualquier caso, dejando a un lado esta "perfilada" doctrina para el supuesto de ejercicio por un acreedor al que más delante nos referiremos, conviene significar para su correcta comprensión que el fundamento de esta acción es la protección del patrimonio de socios y terceros, siendo éstos los únicos que gozan de la legitimación activa necesaria para llevar a cabo su ejercicio ante los tribunales, siendo además ellos -y no la sociedad- quienes resultarán beneficiados en caso de éxito en su ejercicio.

Esta acción en su configuración se aleja, por tanto, de la ya analizada *ut supra* configuración de la acción social donde su principal fin es la protección del patrimonio social. A diferencia de lo que sucede con ella, en la acción individual se pretende proteger directamente a los socios y terceros cuyos patrimonios se hayan visto dañados por ilícitos orgánicos protagonizados por los administradores de las sociedades de capital y, por ello, serán sus respectivos patrimonios los que se verán, en su caso, resarcidos en casos de prosperabilidad del ejercicio de la acción.

Ahora bien, encontrándonos ante una acción cuya configuración parte del principio *naeminem laedere* específicamente recogido en el art. 236.1 TRLSC[76], la casuística de supuestos que pueden ser susceptibles de ser enjuiciados a su amparo es irremediablemente infinita, si bien para una mayor facilidad en su comprensión convenimos en la oportunidad de agruparlos en función del vínculo que aquel que sufre

orgánica plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, a fin de distinguir entre el ámbito de responsabilidad que incumbe a la sociedad, con quien contrata el tercero perjudicado, y la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación." "De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, como advertimos en la sentencia 253/2016, de 18 de abril, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la mens legis."."

[76] Como tradicionalmente ha venido destacando nuestro Tribunal Supremo, la acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC debe ponerse en relación con el previo art. 236.1 del citado texto legal (anterior art. 133 TRLSA): *"1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales".*

el daño tenga con la sociedad[77], pudiendo de entre las distintas posibilidades que ello ofrece[78], fijar como posible clasificación la siguiente:

(i) Un primer bloque aunaría aquellos supuestos de lesión a los socios como consecuencia de una intromisión ilegítima en las relaciones societarias que éste tiene con la sociedad[79].

(ii) Un segundo bloque estaría destinado a recoger aquellos supuestos, más numerosos y dispares, relativos a los casos de lesión a terceros; bloque que quedaría a su vez subdividido en dos:

---

[77] Por su parte, VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores",* Editorial La Ley, Madrid, 2008, ISBN: 978-84-9725-019-1, pp. 317-347, pp. 321-322, lleva a cabo una clasificación similar a la que aquí ha sido expuesta afirmando la autora que: *"en el estudio de la noción de daño directo resulta de obligada referencia la clasificación doctrinal que distingue entre: a) daños derivad os de los denominados ilícitos de empresa (actos de competencia desleal, invasión de los derechos de propiedad industrial, daños al medio ambiente, o perjuicios causados por la puesta en el mercado de productos defectuosos); b) los producidos como consecuencia de una intromisión ilegítima en relaciones societarias del socio con la sociedad, infringiendo los derechos de los socios (prohibición del derecho de asistencia a la Junta, impedimento del derecho de voto…); c) y, por último, determinados daños ocasionados en supuestos de intromisión ilícita en las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros, incluyendo en este grupo tanto los comportamientos que inciden en la formación de las relaciones jurídicas con la sociedad (por ejemplo, a través de informaciones falsas que inducen a socios o terceros a suscribir o adquirir acciones y otros títulos de la sociedad) como aquellos supuestos de intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros, obstaculizando o impidiendo el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la sociedad".*

[78] Son diversas las clasificaciones que se pueden encontrar a este respecto, pudiendo significarse a aquí a título de ejemplo, adicionalmente a la propuesta en el presente trabajado, la clásica división que se recoge en la Sentencia núm. 148/2018, de 29 abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Serrano Montesinos) (JUR 2018\210440) (ECLI:ES:JMMU:2018:1725):*"Ad abundantiam, esta acción individual subjetiva carece de una regulación específica, ya que ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha llevado a cabo la delimitación de los requisitos de aplicación que se han expuesto, junto con las notas características, y lo que se llaman "grupos de casos". (...) Y los grupos de casos, la clásica división, es la siguiente: ilícitos de empresas: lesión de intereses de terceros que no están en previa relación con la sociedad; ilícitos societarios: lesión de intereses de los socios por infracción de las obligaciones societarias o intromisión ilícita en las relaciones del socio con la sociedad; lesión de derechos de terceros por incumplimiento de deberes no específicamente societarios, que a su vez son el vaciamiento patrimonial de la empresa, la contratación en casos de crisis irreversible y el cierre de hecho".*

[79] *V.gr.*, ilícitos societarios como podría ser el incumplimiento de la ejecución de un acuerdo de reparto de dividiendo válidamente acordado en Junta General.

1. Por un lado, aquellos supuestos de ilícitos orgánicos operados por los administradores sociales cuyo resultado sea el daño a un tercero totalmente ajeno a la propia sociedad administrada[80].

2. Por otro, aquellos supuestos de ilícitos orgánicos operados igualmente por los administradores sociales cuyo resultado, a diferencia del caso anterior, sea la lesión de un tercero que sí guarde relación con la sociedad administrada[81].

Precisamente esta última subcategoría, esto es, la que englobaría los supuestos de hecho en los ilícitos orgánicos provocan un daño directo en el patrimonio de un tercero que sí se encuentra vinculado con la sociedad, ya sea llevando a cabo su actuación (u omisión) el administrador social en una fase previa la vinculación[82] o en la propia ejecución de la relación jurídica que une al tercero con la sociedad[83], es en la que históricamente, como

[80] *V.gr.*, por daños personales o materiales. CERVERA SIGNES, F., «La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 10414, 2023, pp. 1-13, p. 6, califica a esta clase en los siguientes términos: *"Ilícitos de empresa: se refiere a los casos de lesión de intereses de terceros que no están en previa relación con la sociedad (daños personales o materiales, a la salud, productos defectuosos, infracción de las normas de competencia desleal, propiedad intelectual e industrial, etc.). En estos casos, será necesario determinar, en palabras del magistrado D. Jacinto José Pérez Benítez, «la regla de cuidado infringida, qué debió hacer y no hizo el administrador demandado con capacidad de haber evitado el daño»".*

[81] A su vez, y por lo que a esta última categoría se refiere, parte de la doctrina ha creado una nueva subdivisión entre aquellas intromisiones que inciden en la formación de las relaciones jurídicas y aquellas otras que lo hacen en la fase de ejecución de relaciones preexistentes (*Vid.*, en tal sentido, MOYA BALLESTER, J., «Los Grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 38, año 2012-1, ISSN 1134-7686, pp. 307-324, pp-320-322.

[82] En estos casos en donde la doctrina más autorizada exige que los administradores eviten cualquier tipo de ocultación de la verdadera situación de la sociedad para no interferir indebidamente en la formación de la voluntad de quien todavía no se ha vinculado contractualmente con ella. Ejemplo de este acento que debe ponerse al deber de información de los administradores sobre la solvencia de la sociedad encontramos en VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores, cit.,* pp. 328-330.

[83] De manera análoga a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico español, si damos un vistazo a los ordenamientos de otros países de nuestro nos encontramos con previsiones legales a las que pueden acogerse los acreedores contra los administradores sociales cuando éstos han interferido indebidamente en sus relaciones con la sociedad generando como consecuencia de ello un daño en el patrimonio del acreedor, especialmente en casos de crisis empresarial. A tal efecto, destacamos el modelo norteamericano en el que se admiten dos supuestos de responsabilidad del administrador como excepciones al principio inspirador del *Law of Contracts* -principio que busca que cuando el administrador actúa en nombre de la sociedad únicamente ésta quede vinculada-: *(i)* cuando éstos llevan

ya habrá podido advertir el lector, los acreedores sociales han tratado de encuadrase cuando se han considerado *[directamente]* agraviados en su patrimonio como consecuencia de una indebida actuación llevada a cabo de manera culposa o, al menos, negligente, por el administrador social en el ejercicio de sus funciones[84].

a cabo una intromisión lesiva en la fase de formación de la voluntad del terceo si ello se produce con fraude o negligencia por su parte -esto es, infringiendo el *standard of indemnifiable conduct*-, si ello finalmente se traduce en la inducción al error de ese tercero y *(ii)* cuando éstos interfieren en el normal desarrollo de la relación contractual establecida con la sociedad provocando el incumplimiento contractual de ésta; y es que en ambos supuestos prevalece la *Tort Law,* esto es, la responsabilidad personal inherente a quien produce el daño (*Tort Law*). En tal sentido, véase RECAMÁN GRAÑA, E., «Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación,* ISSN 1698-4188, núm. 17, 2012, pp. 311-330, pp. 327-328, así como GROSS-BROWN, S., «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el *business judgement rule*», *Revista de Derecho de Sociedades,* ISSN 1134-7686*,* núm. 37, 2011-2, pp. 307-320. Y, en la misma línea, respecto de los modelos italiano y alemán, destacan BERMEJO GUTIÉRREZ, N. Y RODRÍGEZ PINEAU, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* ISSN-e 1698-739X, núm. 4, 2006, p. 16, que: "*este esquema se reproduce en otros ordenamientos: así, en el Derecho italiano, se recoge una previsión similar a la española en el art. 2395 Cod.civ., mientras que en el Derecho alemán, aunque no existe una previsión específica al respecto, la doctrina reconoce que cabe imponer a los administradores una Aussenhaftung o responsabilidad externa por los daños ocasionados en su gestión sobre el patrimonio de los terceros"*.

[84] Un estudio de derecho comparado de esta materia puede encontrarse en MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital», *Revista de Derecho de Sociedades,* ISSN 1134-7686, núm. 24, 2005-1, pp. 91-120, pp. 114-115, en el que el autor destaca la relevancia de los deberes de información del administrador frente a "terceros" con los que se tiene (o va a tener) relación contractual la sociedad administrada en casos de crisis de ésta: *"cuando el legislador exige que se promueva el proceso concursal ya no sería un comportamiento correcto, por ejemplo, no manifestar la situación de crisis para que prosperen medidas de saneamiento, sino que surgen deberes de información a los acreedores que sin expresión de un deber objetivo de cuidado en relación con la esfera de éstos"*, concluyendo que "mediante la aplicación de un criterio de «confianza razonable» suscitada en personas que actúan diligentemente, es posible afirmar que dichos acreedores no habrían contratado con la sociedad (o no habrían continuado realizando pagos o prestando suministros) se hubiesen conocido que estaba abocada al concurso, por lo que deben ser situados en la misma posición que estarían de no haber celebrado el contrato, es decir, indemnizados por el interés negativo, no *por el positivo (v.gr. ganancias dejadas de obtener y que se habrían obtenido de haberse ejecutado totalmente el contrato) una vez descontada la cuota que recibirían como acreedores concursales con cargo a la masa. El daño que sufren no es reflejo (derivado del daño al patrimonio social) sino directo y, por tanto, exigible mediante la acción individual (art. 135 LSA) y no hay que identificarlo con el crédito debido por la sociedad: la responsabilidad del administrador no deriva del impago de la deuda (del que sólo se puede deducir responsabilidad contractual de la sociedad), sino de la infracción de un deber de información"*.

En la medida en que el objeto del presente estudio pasa por analizar, en esencia, si es la acción individual una herramienta de protección que verdaderamente se encuentre en poder de los acreedores de sociedades de capital en concurso, es en esta última categoría en la que analizaremos si, dentro del concepto de tercero que se regula en el art. 241 TRLSC, pueden considerarse englobados los acreedores ya que, solo en caso de encontrarnos ante una respuesta afirmativa, resultaría procedente continuar con el análisis de la problemática tanto material como procesal que podría girar en torno a un eventual ejercicio de esta acción por un acreedor de una sociedad que esté inmersa en un procedimiento concursal.

Ambos extremos presentan una gran trascendencia en la práctica y son los que han motivado el presente trabajo, pues son numerosos los supuestos que, al menos en la teoría, son susceptibles de ser analizados bajo esta posibilidad ante el elevado número de procedimientos concursales que están siendo objeto de tramitación en los últimos años[85]; procedimientos concursales en los que, lamentablemente, muchos acreedores ven insatisfechos (parcial o incluso totalmente) sus créditos.

Como se analizará en el presente trabajo, el estudio de los precedentes judiciales evidencia sin lugar a dudas que, en cada momento histórico en el que se ha vivido una crisis económica, se ha producido un resurgir del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores por parte de los acreedores sociales.

[85] Si atendemos a las cifras que arrojan las Estadísticas del Procedimiento Concursal (EPC) elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística, vemos cómo el número de deudores concursados alcanzó la cifra de 2.783 deudores concursados en el tercer trimestre de 2023, de las cuales 1.350 fueron empresas personas jurídicas (23,3% del total). Ello supone que el número de empresas personas jurídicas concursadas aumentó un 18,7 % en el cuarto trimestre de 2023 respecto del mismo periodo del año pasado, lo que refleja una tendencia alcista, además de encontrarnos ante niveles muy alegados de los deseados.

1.3.3 Actual configuración de la acción individual de responsabilidad de administradores desde la perspectiva del acreedor social: requisitos cumulativamente exigidos para su ejercicio

a) Configuración *[solo]* aparentemente contradictoria a partir de la segunda década del siglo XXI

En los últimos años nos hemos enfrentado a diversas sentencias dictadas por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo en virtud de las cuales se ha tratado de "redefinir" o, al menos, perfilar, la tradicional definición que teníamos de la acción individual de responsabilidad del administrador y, sobre ellas, la doctrina ha tratado de plasmar de la forma más nítida posible el principal contenido que aparentemente parecían recoger estos últimos pronunciamientos jurisprudenciales para fijar sus principales líneas definitorias. Fruto de ello, actualmente existe un pacífico consenso respecto de los requisitos inherentes a esta acción:

(i) La existencia de una acción y omisión antijurídica; esto es, contraria a la ley o a los estatutos.

(ii) Que esta acción u omisión se enmarque en las funciones propias inherentes al cargo de administrador; esto es, que se haya producido en el desempeño de sus funciones.

(iii) Que quien ejercita la acción (recordemos que solo están legitimados los socios o terceros) haya sufrido un daño directo en su patrimonio; esto es, el daño no puede ser indirecto o meramente reflejo, como podría desprenderse del mero impago de una deuda por la sociedad a su acreedor.

(iv) Como en toda acción indemnizatoria, cumulativamente a los anteriores requisitos debe existir una relación de causalidad entre este daño y el concreto modo de actuar *[antijurídicamente]* del administrador[86].

Nótese, a este respecto, que la práctica forense evidencia el hecho de que no es sencillo acreditar la concurrencia cumulativa de estos cuatro elementos, máxime cuando para ello se parte de la necesaria definición que debe darse a conceptos jurídicos que podrían llegar a ser calificados, al menos, como *"cuasi-indeterminados"*, como pudiese ser incluso el primero de ello, esto es, el relativo a qué debe entenderse en la práctica en lo que atañe a la calificación de una actuación del administrador como una acción u omisión antijurídica susceptible de causar el daño reclamado.

Ahora bien, como veremos, el requisito que alcanza un mayor protagonismo por el alto grado de controversia que gira en torno a él es el que atañe a lo que se considera como *"daño directo"* sufrido por el tercero que ejercite judicialmente la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC; requisito éste que, además, se muestra indisolublemente unido a una concreta actuación (u omisión) del administrador especialmente reprobable respecto de aquel que sufre el daño, que no respecto de la sociedad administrada[87], en el desempeño de sus funciones.

---

[86] *Vid.*, entre otras, la ya citada Sentencia núm. 612/2019, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2019\4644) (ECLI:ES:TS:2019:3626), así como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 669/2011, de 4 octubre (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2011\7388) (ECLI:ES:TS:2011:6094) que, a su vez, cita las previas Sentencias núm. 670/2010, de 4 de noviembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2010, 8868) (ECLI:ES:TS:2010:7568) y núm. 312/2010, de 1 de junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2010, 2663) (ECLI:ES:TS:2010:3541). Por su parte, más alejada en el tiempo, también encontramos la Sentencia núm. 55/2008 de 8 febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (RJ 2008\2664) (ECLI:ES:TS:2008:1709), en el mismo sentido.

[87] De hecho, un análisis de las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales en esta materia evidencia que, en muchos supuestos en los que sí concurren los requisitos para que un acreedor pueda ejercitar con éxito la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC, aun cuando pueda parecer *prima facie* contradictorio, en ellos la sociedad no ha sufrido daño.

De esta forma, y por lo que al particular interrogante que, como se ha advertido, es el eje vertebrador del presente trabajo, cabe destacar que son reiterados ya a día de hoy los pronunciamientos judiciales que destacan la importancia de exigir con el debido rigor la acreditación por el actor de haber sufrido específicamente un daño directo por una concreta conducta especialmente reprobable del administrador en el desempeño de las funciones inherentes a su cargo; algo que, *a priori*, parece que no podría cumplirse si lo que pretende un acreedor es exigir responsabilidad al administrador por esta vía ante un mero supuesto de impago de la deuda por la sociedad insolvente administrada.

El criterio común por tanto que parece presidir la más moderna doctrina jurisprudencial que existe a este respecto nos lleva a concluir que difícilmente podría considerase que existe un comportamiento antijurídico del administrador que, en el normal desempeño de las funciones inherentes a su cargo, asume deudas frente a terceros en nombre de la sociedad que, finalmente, no son atendidas por ésta como consecuencia de su posterior insolvencia[88]. En estos casos, nuestros juzgados y tribunales consideran que la

[88] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 501/2012, de 16 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\9330) (ECLI:ES:TS:2012:5172), en la que, aun cuando se dicta con motivo de una sección de calificación concursal, se hace hincapié en la necesidad de que para que la acción de responsabilidad individual del administrador tenga éxito cuando se interpone por un acreedor, éste haya sufrido un daño directo y no meramente indirecto con motivo del mero impago de su crédito por la sociedad concursada. En concreto, se determina al efecto en el Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente: "*2.1. La responsabilidad societaria. 32. En nuestro sistema, constituye una regla general la obligación de responder por los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento de los contratos (artículo 1101 del Código Civil), ya por hechos extracontractuales (artículo 1902 del mismo Código Civil) siempre que deriven en relación de causa a efecto de comportamientos antijurídicos imputables a aquel frente a quien se demanda la reparación. 33. Cuando tales comportamientos sean imputables a sociedades capitalistas, a fin de evitar los abusos de quienes las administran y actúan amparados en la ruptura de la relación causa a efecto derivada de la heteropersonalidad, el sistema reacciona y proporciona mecanismos "societarios" -hoy modificados en algunos extremos- dirigidos: 1) Unos a la reconstrucción del patrimonio de la sociedad -con la importante tutela indirecta de los acreedores que verán así incrementar el patrimonio de su deudora-, a cuyo efecto impone la responsabilidad derivada de daños y perjuicios -el artículo 133.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable en la fecha de declaración del concurso, dispone que "[l] s administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo"- . Su exigibilidad queda sometida a la concurrencia de los clásicos requisitos de la responsabilidad por daño -acción u omisión antijurídica, resultado dañoso, y relación de causalidad entre ambos-. 2) Otros a la protección de socios y terceros frente a la actuación de los administradores directamente lesiva de sus intereses. - A tenor del artículo 135 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas " [n]o obstante lo*

responsabilidad por este impago social debe recaer sobre la propia sociedad, siendo ésta a quien su acreedor le podrá exigir responsabilidad en su condición de única deudora.

Y es que no debemos olvidar que nuestro Ordenamiento Jurídico abraza la teoría de la separación patrimonial y responsabilidad limitada que rige en las sociedades mercantiles, siendo éste el motivo por el cual todas estas resoluciones judiciales destacan que, ante estos casos de mero impago protagonizado por la sociedad insolvente, no pueden quedar amparadas por la vía del art. 241 TRLSC aquellas reclamaciones que solo pretenden buscar un patrimonio alternativo al que acudir ante la insuficiencia del patrimonio de la sociedad sin que verdaderamente exista una actuación especialmente reprobable del administrador susceptible de causar un daño directo al acreedor social.

De esta forma, ante una situación de mero impago por la sociedad insolvente e, inmersa ya en un procedimiento concursal, una parte de nuestros juzgados y tribunales al inicio de la década del 2010 -esto es, cuando ya llevaba en vigor varios años la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal e, incluso, ésta había sufrido ya diversas modificaciones- rechazaba tal posibilidad al considerar que el acreedor realmente lo que debía analizar era si, en función de los concretos hechos acaecidos, podría exigir su pago al administrador, no vía acción individual, sino *ex* art. 367 TRLSC acudiendo a la acción de responsabilidad objetiva por deudas y, en defecto de ello, sufrir las eventuales reglas del procedimiento concursal en que pueda quedar inmersa la sociedad.

---

dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos". Al igual que la anterior, se trata de una responsabilidad por daño que exige la concurrencia de los clásicos requisitos indicados. Las únicas especialidades dignas de mención a efectos de esta sentencia, es que la relación causal entre acción u omisión y daño debe ser "directa", y que la norma no se refiere a los acreedores -de hecho las sentencias de 12 de octubre de 2011 .....y .de 17 de noviembre de 2011 precisan que el daño que sufren los acreedores por impago de las deudas debe calificarse de indirecto-".

Ejemplo de este criterio lo encontramos en la Sentencia de 19 septiembre 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid[89] en la que, enjuiciando la pretensión de un acreedor de atribuir el débito contractual impagado que pertenecía a la sociedad al patrimonio de su administrador social, acudiendo para ello la parte actora a la acción de responsabilidad individual de administradores societarios del art. 241 TRLSC, el juzgador destaca lo inapropiado que, bajo su criterio, resulta dicho cauce jurídico ante tal reclamación so pena de repercutir en el administrador una deuda de origen contractual de la sociedad[90].

Por el contrario, ya incluso en aquel momento los operadores jurídicos nos encontrábamos sin embargo con otros precedentes jurisprudenciales que parecían, en cierta medida, como

[89] La Sentencia de 19 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR 2012\390406) (ECLI: ECLI:ES:JMM:2012:81).

[90] Concluye así que: *"Respecto de ello, ha de indicarse lo inapropiado del cauce jurídico de la acción individual de responsabilidad de administradores para terminar repercutiendo, esto es, trasladando, en el patrimonio de dichos administradores deudas de origen contractual de la sociedad"*; y ello sobre la base de los siguientes argumentos: "*(i).- La acción legalmente prevista para tal fin, importar una deuda contractual al patrimonio de un tercero no contratante, es la recogida en el art. 367.1 TRLSC (...). (iv).- Se evidencia dicha voluntad legal de reservar únicamente la acción del art. 367.1 TRLSC para ese traslado de débito contractual, con las previsiones de la LC sobre las acciones societarias. En efecto, del catálogo societario de las tres acciones de responsabilidad de administradores, social, individual y por deudas, la LC regula dos de ellas, la social para fijar la competencia del Juez del concurso, arts. 8.7 º y 51.1 pf. 2º LC; y la responsabilidad por deudas, como se señaló, para ordenar su paralización. En cambio, omite toda referencia a la acción individual, la del art. 241 TRLSC. Y lo hace así porque estima que son las dos primeras acciones societarias las que pueden tener influencia en el concurso, la acción social para engrasar el activo con el patrimonio de un tercero, el administrador, y la acción por deudas para evitar que un acreedor concursal pueda fugarse de la pars condictio, ya que su crédito lo es contra la sociedad, mediante el cobro del patrimonio del administrador, que eventualmente se sujeta a la calificación. Y no regula ni prevé nada sobre la acción individual, por que entienda la LC que su alcance es siempre ajeno al desenvolvimiento del concurso, ya que no puede afectar ni a la masa activa del mismo, pero tampoco a los acreedores concursales, ya que sobreentienda la ley que la acción individual no es apta para permitir a estos cobrar sus deudas sociales contra el patrimonio de los administradores."* Nótese a este respecto que, como se analizará *ut infra* tanto en el apartado "2.3.4. Posible compatibilidad de la acción individual con la responsabilidad concursal" como, especialmente, en el posterior "Capítulo Sexto. La deseable coordinación de la acción individual de responsabilidad de administradores con la pieza de calificación", esta suerte de automática incompatibilidad del ejercicio de la acción individual con la situación de concurso de acreedores de la sociedad administrada a día de hoy ha sido superada (*Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 156/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) (JUR 2013\374919) (ECLI:ES:APCO:2013:1389).

mínimo, matizar dicho criterio -cuando no sostener el criterio contrario- y, así, por ejemplo, el propio Tribunal Supremo, aun de un modo *obiter dicta*, afirmaba en su Sentencia núm. 919/2011 de 23 diciembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)[91], ante un caso en el que la parte actora ejercitó su acción con base en lo dispuesto en los artículos 135 -responsabilidad por daño "directo" a socios y terceros (sean o no acreedores)-, y 262.5 -responsabilidad por deuda-, ambos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, tras destacar las diferentes finalidades perseguidas por una y otra vía[92], que *"nada impide el ejercicio acumulado de ambas acciones siempre que concurran los requisitos y presupuestos exigidos por las distintas normas ya que la realidad demuestra que la pasividad de los administradores en la promoción de la disolución y liquidación, en concurrencia con otras circunstancias, puede generar "daño directo""*.

Esta doctrina jurisprudencial, como veremos, es la actualmente vigente, habiendo sido finalmente acogido por nuestros juzgados y tribunales mayoritariamente el criterio que determina que sí es posible que se declare la existencia de un comportamiento antijurídico susceptible de tener ser sancionado por la vía del art. 241 TRLSC respecto de aquel administrador que, en el desempeño de sus funciones, aun cuando las deudas las asuma no en nombre propio sino en nombre y representación de la mercantil administrada, ello lo lleven a cabo de una manera que pueda ser calificada como negligente o dolosa pues, con ello, sí que podrían causar, bajo determinadas circunstancias, un daño directo al

[91] Sentencia núm. 919/2011, de 23 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2012\1895) (ECLI:ES:TS:2011:9212).

[92] *"El análisis comparativo de las diferentes finalidades contempladas por la norma -resarcimiento de daño directo y cobro de deuda no satisfecha-, y de los distintos requisitos exigibles en uno y otro caso, permite constatar que, si bien como señala la sentencia 634/2010, de 14 de octubre (RJ 2010, 7460), comparten la característica de que no van dirigidas a incorporar activos al patrimonio social sino al de quienes son titulares de las mismas, existen importantes diferencias de entre las que destacaremos, como señalan las sentencias 408/2008, de 14 de mayo (RJ 2008, 3076), 669/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4366), y 710/2008, de 10 julio (RJ 2008, 3356), el carácter cuasiobjetivo de la que regula el artículo 262 que no exige otro reproche culpabilístico que la imputabilidad de la conducta omisiva y no requiere "daño" derivado de tal pasividad ni, lógicamente, relación de causalidad entre el daño y la conducta del administrador"* (Fundamento de Derecho Sexto).

acreedor. Ello no debe no obstante confundirse con los diferentes supuestos de mero impago sin que medie una actuación especialmente reprobable del administrador, en cuyo caso el acreedor social no podría acudir -al menos con perspectivas de éxito- a esta vía, a nuestro juicio claramente vedada ya a día de hoy.

Por tanto, bajo este condicionante (exigido, como ya ha sido anticipado y tendremos ocasión de analizar *ut infra* con detalle, con un especial rigor), aun cuando el administrador hubiese asumido las deudas -finalmente impagadas- en nombre y representación de la sociedad por él administrada, si esa asunción de deuda la ha llevado a cabo de un modo incontrovertidamente negligente o doloso (insistimos, excluyéndose así los supuestos de mero impago posterior de la sociedad sin que se hubiese producido esta especialmente reprobable actuación previa del administrador con ese concreto acreedor), el acreedor sí estaría facultado para hacer responder al administrador *ex* art. 241 TRLSC de los perjuicios que ello le ha provocado en su patrimonio[93] si este daño ha sido directo para él.

La revisión de lo sucedido en la práctica forense en los últimos años evidencia que la cuestión central que debe tener en cuenta el acreedor social que pretenda ejercitar una acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLCS es el esfuerzo extra argumentativo -y también probatorio, sin perjuicio de la importancia que al respecto presenta la aplicación de la doctrina que ha sido recientemente fijada por nuestro más Alto Tribunal en aplicación del séptimo apartado del art. 217 LEC a la que más adelante nos referiremos- que le exigirán los juzgados y tribunales a la hora de identificar el *"daño directo"* que pretenda defender haber sufrido en su patrimonio como consecuencia de una actuación especialmente reprobable por parte del administrador de la sociedad con la que contrató y que finalmente no cumplió con sus obligaciones de pago.

[93] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 327/2013, de 12 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín) (AC 2013\1942) (ECLI:ES:APB:2013:9532).

Es en este extremo donde nos encontramos con una corriente jurisprudencial que viene a considerar que, cuando el daño se produce como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones por parte de la sociedad (*v.gr.* el impago de un crédito con un proveedor), si se quiere a modo de *"regla general",* se entiende que este daño es meramente reflejo (el daño directo se produciría por el incumplimiento de la sociedad deudora), sin que por ello exista la necesaria relación directa legal y jurisprudencialmente exigida entre el daño causado en el patrimonio del acreedor (o tercero) y la conducta antijurídica que se le reproche al administrador.

Claro ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia núm. 312/2010, de 1 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2010\2663) (ECLI:ES:TS:2010:3541), en el marco de un procedimiento judicial en el que la parte actora había ejercitado con éxito en las instancias anteriores, entre otras, la acción individual de responsabilidad de administradores, en la que nuestro más Alto Tribunal estimó el recurso de casación interpuesto por administrador al considerar que ninguna de las sentencias dictadas en primera y segunda instancia identificaba la concreta actuación u omisión imputable al administrador más allá de su mera condición de ser el Presidente del Consejo de Administración de una sociedad que no había atendido el pago de la deuda (de la social) al acreedor demandante, considerando así que no se cumplía el inexorable requisito del daño directo sufrido por la parte actora, significando al efecto que no podía prescindirse de la personalidad jurídica propia atribuida a la sociedad; valoración final que realizaba la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tras afirmar previamente que *"tratándose de acreedores de la sociedad cuyo daño deriva exclusivamente de la insolvencia de la deudora, como regla, la vía adecuada para demandar la responsabilidad de los administradores, en el caso de concurrir los requisitos exigidos a tal efecto por la norma, es la prevista en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que no puede transformarse sin más el impago de sus deudas por la sociedad en daño directo imputable a acción u omisión de los administradores".*

Sin embargo, y aun cuando una atenta lectura de estas sentencias evidenciaba que este criterio solo se exponía como una suerte de *"regla general"* -lo que, por tanto, a nuestro juicio, irremediablemente debería haber sido entendido por todos como un criterio que admite excepciones, pues de lo contrario la expresión utilizada habría sido otra distinta-, en las resoluciones judiciales que comenzaron a dictarse por los tribunales menores a comienzos de la década del 2010, esta mera *"regla general"* parecía aplicarse en algunos supuestos con cierto automatismo rechazando de plano muchas de las reclamaciones cuando nuestros juzgados y tribunales sufrieron una "avalancha" -si se nos permite la expresión- de reclamaciones judiciales de acreedores que buscaban resarcirse de la insolvencia de la sociedad deudora trasladando la responsabilidad al patrimonio del administrador *ex* art. 241 TRLSC, fruto de la crisis económica mundial que comenzó en el año 2009[94].

De hecho, sobre este inicial razonamiento, como analizaremos a continuación, algunos trataron de defender que los acreedores de la sociedad quedarían incluso privados de la necesaria legitimación activa para accionar en base a la acción individual de responsabilidad considerando que no estarían incluidos en la categoría de "terceros" del artículo 241 TRLSC[95]; postura ésta que, no obstante, a día de hoy debe considerarse *[al menos mayoritariamente]* superada.

[94] Conocida como la Gran Recesión, se configuró como una crisis económica global considerada para muchos como la más grande desde la Gran Depresión, de 1930, afectando a los mercados financieros y al tejido empresarial en una buena parte del mundo, especialmente en lo relacionado con el sector inmobiliario -al menos en sus inicios-, abocando a la insolvencia a una gran parte de las empresas de nuestro país. En concreto, si atendemos a la Estadística del Procedimiento Concursal en España, llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística, nos encontramos con el que el número de deudores concursados fue de 5.922 en el año 2009, lo que supuso un aumento del 79,6% respecto a 2008, concentrándose el 74,9 % de las empresas concursadas en 2009 en construcción y promoción inmobiliaria, industria y comercio.

[95] Estos concretos supuestos son los que, en la práctica, mayor controversia presentan y donde, a comienzos de la pasada década, mayores pronunciamientos contradictorios y vacilantes encontramos. Ejemplo de ello es la Sentencia núm. 42/13, de 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón (JUR 2014\108529) –posteriormente revocada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) en su Sentencia núm. 476/2013 de 12 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D José Manuel Marco Cos) (JUR 2014\77804) (ECLI:ES:APCS:2013:1108)–, en la que se limitaba en exceso lo que podía

b) Máximo rigor en la exigencia del *"daño directo"* en caso de insolvencia de la sociedad

Pese a que, desde la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, nuestro más Alto Tribunal -al igual que el resto de juzgados y tribunales menores- había venido considerando que los acreedores contaban con legitimación activa para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad frente a los administradores (art. 81 LSA-51 y posterior 135 LSA), incluidos por tanto los supuestos en los que dicha reclamación traía causa del previo impago por parte de la sociedad del crédito del acreedor por decaer ésta en una situación de insolvencia, lo cierto es que tal extremo en ocasiones quedaba difuminado por cuanto los acreedores ejercitaban acumulativamente esta acción con la acción de responsabilidad por deudas del antiguo artículo 262.5 LSA[96].

entenderse incluido en estos supuestos en el concepto del daño directo causado a un acreedor bajo la *[ya superada]* premisa de que éste no puede considerarse existente al ser la sociedad la que formalmente contrata con el acreedor-actor, habiendo llegado a afirmarse en dicha Sentencia literalmente que *"cuando el administrador actuando como tal contrata con terceros, se produce una vinculación jurídica inmediata entre la sociedad y esos terceros. La parte contratante es la sociedad, sin que exista vinculación directa del administrador con terceros. Por ello, cuando el débito contractual resulta impagado, la única responsable es la sociedad, ya que éste no lesiona directamente los intereses de aquellos"*. Esta premisa basada en la idea de que el administrador no puede lesionar directamente a un acreedor en el desempeño de sus funciones por estar en todo caso actuando en nombre y representación de la sociedad, estando así la compañía interpuesta entre acreedor y administrador, no puede ser aceptada más allá de, en todo caso, considerarse como una suerte de "regla general" que puede ser perfectamente excepcionada en atención a las concretas circunstancias de cada uno de los supuestos que deban ser enjuiciadas, tal y como en última instancia parece haber considerado finalmente la doctrina jurisprudencial mayoritaria más actual y, además, así lo consideró la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) al revocar esta Sentencia. Por tanto, a nuestro juicio, atendiendo a los actuales criterios jurisprudenciales, para determinar si se ha producido un daño directo o no sobre el patrimonio del acreedor que ha visto impagado su derecho de cobro por la sociedad, lo que habrá que analizar es la específica y concreta actuación que, en su caso, haya sido llevada a cabo por el administrador ya que, si ésta ha sido antijurídica y especialmente reprobable en lo que a dicha concreta deuda social se refiere, sí que es factible considerar acreditado el daño directo inexorablemente exigido.

[96] Nótese, no obstante que, tal y como han determinado nuestros juzgados y tribunales, en aquellos supuestos en los que se ejercitan sin la debida precisión y, en su caso, subsidiariedad, la acción individual de responsabilidad de administradores conjuntamente con otra acción societaria como la de responsabilidad por deudas sociales -algo que, como ha sido apuntado, se mostraba más frecuente de lo deseable en la práctica forense-, en aplicación de las normas procesales que rigen en nuestro Ordenamiento Jurídico en este concreto ámbito, en el que rige el principio de justicia rogada, no cabía más que su desestimación al no incluir el principio *iura novit curia* la causa de pedir, pudiendo citarse aquí, a título de ejemplo, lo dispuesto a tal efecto por la Sentencia núm. 16/2016, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco)

Así pues, fruto de este ejercicio habitualmente acumulado de esta acción individual junto a otras, no nos encontramos con claros pronunciamientos judiciales que abordasen expresamente esta cuestión al resultar ello innecesario para la resolución de las controversias cuyo enjuiciamiento les encomendaban a nuestros juzgados y tribunales, máxime cuando además ésta no se presentaba como una cuestión controvertida respecto de la que debía pronunciarse.

Esta legitimación activa del acreedor para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administrador que, *a priori*, no resultaba cuestionada, como ha sido ya anticipado *ut supra* pasó a tener un controvertido papel protagonista a comienzos de la década del 2010 fruto de las numerosas demandas que sobre esta base se interponían por los acreedores sociales que habían visto cómo sus sociedades deudoras habían frustrado cualquier posibilidad de cobro de sus derechos de crédito al devenir en situación de insolvencia en la Gran Recesión vivida a nivel mundial cuyo auge tuvo lugar en el año 2009, tras presentar no obstante ya en el año 2008 los primeros signos de alerta.

De esta forma, un repaso a las resoluciones judiciales que comenzaron a dictarse a partir del año 2010 evidencia un *[incluso reconocido expresamente]* intento de poner coto al cierto uso indiscriminado de esta acción por acreedores sociales que pretendían hacer pechar a los administradores societarios con las deudas de las sociedades que administraban una vez devenidas éstas en situación de insolvencia, lo que inicialmente

(JUR\2016\53886) (ECLI: ES:APM:2016:136): *"El escrito de demanda permite pensar con fundamento que también se ejercitaba acumuladamente la acción de responsabilidad individual. De esta forma, en principio, descartada la acción de responsabilidad solidaria por deudas, habría de entrarse en el examen de esa otra acción. Es de observar, no obstante, que en el trámite de audiencia previa hasta por cuatro veces el letrado de la parte promotora del expediente hizo ver que la única acción que se pretendía hacer valer era la analizada en anteriores líneas (00:01:40, 00:10:27, 00:12:15 y 00:18:00 del reloj contador del soporte audiovisual). Por otra parte, en el escrito de oposición tampoco AVALORA hace revivir la cuestión, ciñendo sus alegatos a la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales sin hacer mención alguna a la acción de responsabilidad individual. En tales circunstancias, entendemos que entrar en el examen de esta otra acción supondría una extralimitación por nuestra parte a la vista de cómo las partes conformaron definitivamente el objeto del proceso".*

fue interpretado por algunos juzgados menores[97] como una limitación o restricción de la legitimación activa de la acción individual de responsabilidad de administradores que hacía excluir de su ámbito a aquellos acreedores sociales que, por esta vía, pretendían resarcirse del impago de la deuda por la sociedad administrada.

Ahora bien, pese a que, para algunos, los pronunciamientos que comenzaron a dictarse en la década del año 2010 por nuestro Tribunal Supremo redefinían o alteraban las "reglas del juego" -si se nos permite la expresión- que tradicionalmente habían sido aplicadas en esta acción limitando su ejercicio a *"socios"* y *"terceros"* distintos de los acreedores, lo cierto es que un análisis detallado de las mismas, sobre todo analizando su evolución, más que alterar los requisitos exigidos para el ejercicio de esta acción lo que hacían era exigir con mayor rigor su aplicación. Ello, en última instancia, en la práctica forense supuso la limitación del éxito de su ejercicio por parte de los acreedores sociales de empresas insolventes a supuestos que presentaban un componente ciertamente extraordinario o, si se prefiere, un plus reprobabilidad de la antijurídica actuación del administrador que afectase a ese concreto acreedor.

Es éste el contexto en el que deben considerarse enmarcadas las sentencias en las que se insiste en que el daño padecido por el actor que ejercita la acción individual debe ser *"directo"*, algo que no era nuevo en su concepción teórica aunque quizás sí en el rigor en su exigencia en la práctica forense, donde comenzaron a dictarse resoluciones judiciales que parecían excluir con cierto automatismo la posibilidad que este *"daño directo"* lo pudiese sufrir un acreedor que ha visto impagado por su crédito por la sociedad administrada.

Estas resoluciones judiciales se apoyaban para ello esencialmente en pronunciamientos emitidos por el Tribunal Supremo en los años 2011 y 2012, ahora bien, ello lo hacían sin tener en cuenta que éstos eran en su inmensa mayoría pronunciamientos *obiter dicta* que,

[97] *Vid.*, entre otras, la ya referida -y revocada- Sentencia núm. 42/13, de 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón (JUR 2014\108529).

por su carácter meramente tangencial, a nuestro juicio no servían para afirmar que nuestro más Alto Tribunal pretendía inexorablemente -esto es, siempre y en todo caso- excluir de esta condición de *"tercero"* a los acreedores sociales.

Ejemplo de estas resoluciones que eran *[incorrectamente]* interpretadas lo encontramos, entre otras, en la Sentencia núm. 614/2011, de 17 noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández) (RJ 2012\3368) (ECLI:ES:TS:2011:8004), con motivo de la tramitación de una sección de calificación concursal en la que, como ya habían tenido ocasión de significar a los solos efectos de la interpretación de la norma concursal, se calificaba al daño sufrido por los acreedores como indirecto al afirmar que no puede calificarse como sancionadora a la norma recogida en aquel momento en el art. 172 bis LC *"porque la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, sean de hecho o de derecho, que establece el art. 172.3 [desde la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847) , de reforma de la LC 22/2003 , el art. 172 bis] deriva de serle imputable el daño que indirectamente fue causado a los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa".*

Este tipo de consideraciones tuvieron a su vez reflejo en la que, para muchos, en aquel momento fue la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo núm. 501/2012, de 16 de julio (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2012\9330) (ECLI:ES:TS:2012:5172)[98] en la que, igualmente en el seno de un procedimiento que

[98] Recomendamos la lectura del comentario a esta Sentencia realizado por HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria"* Primera Edición, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2013, ISBN: 9788497903011, pp. 79-80, así como por SAAVEDRA LÓPEZ, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., "¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?", *cit*., pp. 303-331. Dicha Sentencia fue, a su vez, igualmente objeto de otros estudios y trabajos doctrinales, aun si quiera de un modo más tangencial, pudiendo citarse aquí, entre otros, TORRUBIA CHALMETA, B., «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», *Revista de Derecho Mercantil,* ISSN 0210-0797*,* Núm. 287 (Enero-Marzo 2013), pp. en edición digital 1-25, p. 7; MOYA YOLDI, J.M. y RUIZ RUBIO, 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*, ISSN 1889-4380, Núm. 8/2012, pp. en edición digital 1-10, y SÁNCHEZ

traía causa de la tramitación de una sección de calificación concursal -si bien en esta ocasión realizando concretas manifestaciones en torno a la responsabilidad societaria y, en particular, respecto de la acción individual regulada en aquel momento en el art. 135 TRLSA-, tras recoger la regla general que rige en nuestro sistema relativa a la obligación de responder por los daños y perjuicios causados, se afirmaba que "*las únicas especialidades dignas de mención a efectos de esta sentencia, es que la relación causal entre acción u omisión y daño debe ser "directa", y que la norma no se refiere a los acreedores -de hecho las sentencias de 12 de octubre de 2011 y de 17 de noviembre de 2011 precisan que el daño que sufren los acreedores por impago de las deudas debe calificarse de indirecto*"[99].

PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «Reseña de resoluciones judiciales en materia concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Núm. 41 (Mayo-Agosto 2017), pp. 1-191 edición digital, pp. 59, 67 y 103.

[99] La referencia completa a esta afirmación contenida esta Sentencia es la siguiente: *"2.1. La responsabilidad societaria. 32. En nuestro sistema, constituye una regla general la obligación de responder por los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento de los contratos (artículo 1101 del Código Civil (LEG 1889, 27)), ya por hechos extracontractuales (artículo 1902 del mismo Código Civil) siempre que deriven en relación de causa a efecto de comportamientos antijurídicos imputables a aquel frente a quien se demanda la reparación. 33. Cuando tales comportamientos sean imputables a sociedades capitalistas, a fin de evitar los abusos de quienes las administran y actúan amparados en la ruptura de la relación causa a efecto derivada de la heteropersonalidad, el sistema reacciona y proporciona mecanismos "societarios" -hoy modificados en algunos extremos- dirigidos: 1) Unos a la reconstrucción del patrimonio de la sociedad -con la importante tutela indirecta de los acreedores que verán así incrementar el patrimonio de su deudora-, a cuyo efecto impone la responsabilidad derivada de daños y perjuicios -el artículo 133.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), aplicable en la fecha de declaración del concurso, dispone que "[l] s administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo"- . Su exigibilidad queda sometida a la concurrencia de los clásicos requisitos de la responsabilidad por daño -acción u omisión antijurídica, resultado dañoso, y relación de causalidad entre ambos-. 2) Otros a la protección de socios y terceros frente a la actuación de los administradores directamente lesiva de sus intereses. - A tenor del artículo 135 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas " [n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos". Al igual que la anterior, se trata de una responsabilidad por daño que exige la concurrencia de los clásicos requisitos indicados. Las únicas especialidades dignas de mención a efectos de esta sentencia, es que la relación causal entre acción u omisión y daño debe ser "directa", y que la norma no se refiere a los acreedores -de hecho las sentencias de 12 de octubre de 2011 .....y .de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3368) precisan que el daño que sufren los acreedores por impago de las deudas debe calificarse de indirecto-. 3) Finalmente, hay mecanismos dirigidos a tutelar directamente los intereses de los acreedores, imponiendo en determinados supuestos*

Ahora bien, aun cuando, insistimos, nuevamente nos encontramos ante una afirmación *obiter dicta*, si se quiere con un carácter menos tangencial que la recogida en los anteriores pronunciamos como el *ut infra* referido contenido en la referida Sentencia núm. 614/2011, de 17 noviembre, lo cierto es que al hacerse en él una referencia expresa a la acción individual de responsabilidad de administradores indicando *"que la norma no se refiere a los acreedores"* y que *"el daño que sufren los acreedores por impago de las deudas debe calificarse de indirecto",* para muchos ello suponía un cambio de las reglas del juego al interpretarlo como una limitación de la legitimación activa de esta acción excluyéndose de ella de manera automática a los acreedores sociales.

La clave, por tanto, radicaba en lo que para muchos debía considerase como una suerte de axioma en virtud del cual el daño que sufría el acreedor social desde la perspectiva del administrador societario por el impago de su deuda debía considerarse como un daño indirecto, esto es, como un daño reflejo derivado del daño directo que le causaba la sociedad (que no el administrador) al acreedor. Tal *[superficial y errónea]* concepción rechazaba de plano el requisito que inexorablemente se exige, entre otros, para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores relativo al "*daño directo"* que debe sufrir el *"socio"* o *"tercero"* que la ejercite.

Sin embargo, al encontramos ante pronunciamientos que, aun llevados a cabo por nuestro Tribunal Supremo, por sus ya referidas particularidades no podían considerarse como susceptibles de fijar una nueva doctrina jurisprudencial, su aplicación casi automática y

---

la responsabilidad solidaria por deuda ajena. A tal efecto el artículo 262.5 del repetido texto refundido en la indicada fecha, dispone que "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso". Se trata de una responsabilidad desvinculada del "daño" y está anudada a la imputabilidad de la conducta omisiva". Tras esta exposición o resumen de la responsabilidad societaria, continúa la Sentencia analizado *"2.2. La responsabilidad en el concurso"*, siendo ésta la que, verdaderamente, era objeto de enjuiciamiento en este supuesto.

sin mayor razonamiento por parte de algunos (que no todos) juzgados y tribunales menores[100], en contravención además con la tradicional legitimación activa de la que habían venido gozando los acreedores para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores, consideramos que ofrecían un confuso y erróneo escenario judicial -contrario además, insistimos, a la verdadera doctrina jurisprudencial emanada de nuestro más Alto Tribunal- que, afortunadamente, ha sido ya superado.

Esta suerte de automatismo en la aplicación de lo que el propio Tribunal Supremo calificaba expresamente, en aquellas resoluciones judiciales que sí entraban a enjuiciar supuestos en los que se ejercitaba una acción individual de responsabilidad, como *"regla general"*, apoyándose para ello en pronunciamientos *obiter dicta* como los que hemos visto se contenían, entre otras[101], en la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo núm.

[100] *Vid.*, entre otras, la ya citada Sentencia núm. 42/13, de 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón (JUR 2014\108529) y, en la misma línea, aunque con una menor intensidad en este planteamiento, la Sentencia núm. 20/2014, de 21 febrero, dictada por Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid (Ponente: Ilma. Sra. María Olga Martín Alonso) (JUR 2016\105895) (ECLI:ES:JMM:2014:3503) y la Sentencia núm. 497/2014, de 8 septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Teodoro Ladrón Roda) (JUR 2016\105889) (ECLI:ES:JMM:2014:3577), en la que se indica lo siguiente: *"De la redacción del artículo 135 del TRLSA ha de destacarse la exigencia de que los "actos de los administradores lesiones DIRECTAMENTE los intereses de aquellos", es decir, de los socios o terceros. ¿Qué quiere decir DIRECTAMENTE? (...) Según los preceptos antes citados que regulan la responsabilidad individual de los administradores, la parte demandada responde por las acciones u omisiones que realiza, precisamente, en concepto de administrador y sólo lo hace por los actos que lesionan directamente los intereses de los acreedores. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo en las que figura como ponente el precitado autor expresan que, en el ejercicio de la acción individual , la que causa el daño directo al acreedor es la sociedad y su situación de insolvencia y los administradores sólo causan un daño indirecto o reflejo que no encaja con la exigencia de lesión directa que establecen los preceptos reguladores de la responsabilidad individual de los administradores (SS TS de 18/7/12, ROJ: STS 5290/2012 , de 16/7/12, ROJ: STS 5172/2012, de 23/12/11, ROJ: STS 9212/2011 y de 1/6/10, ROJ: STS 3541/2010)".*

[101] *V.gr.* la Sentencia núm. 614/2011, de 17 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\3368) (ECLI:ES:TS:2011:8993), en la que se enjuiciaba un supuesto que versaba sobre el ejercicio de la acción por deudas *ex* art. 262.5 LSA, y no respecto de un supuesto en el que se hubiese ejercitado una acción individual de responsabilidad de administradores.

501/2012 de 16 de julio de 2012[102], ofreció un indeseado escenario salpicado por una gran incertidumbre e, incluso, cierta inseguridad jurídica.

El grado de inseguridad jurídica existente en aquel momento fue especialmente alto, teniendo ésta su origen en una lectura "superficial" o "apresurada" -si se nos permite la expresión- de estas sentencias, las cuales además obviaban que, con este nuevo razonamiento, entraban en contradicción con los previos pronunciamientos que venían siendo emitidos por el Tribunal Supremo[103], algunos de ellos incluso reiterados en sentencias coetáneas a esta controversia como la Sentencia núm. 919/2011, de 23

[102] Recordemos, en esta sentencia el pronunciamiento que se realizaba solo podría considerarse como *obiter dicta* en la medida en que fue recogido con motivo de la resolución de un recurso de casación en el que se enjuiciaba la corrección o no de una sentencia dictada en la sección de calificación concursal, sin que existiese *ratio decidendi* alguna que descansase verdaderamente en la regulación de la acción individual de responsabilidad de administradores. Recomendamos en todo caso el análisis que se realiza de esta Sentencia en HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria, cit.*, pp. 79-80.

[103] En este sentido puede significarse, entre otras, la Sentencia núm. 1311/2002, de 30 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández) (RJ 2003\332), en la que, con motivo del ejercicio de una acción de responsabilidad individual, si bien se termina concluyendo que en el supuesto enjuiciado no hay base para sostener la existencia de una actuación negligente determinante del daño, faltando así los requisitos de la acción u omisión culposa y el nexo causal, sí que se recoge sin ambages la posible legitimación activa de los acreedores sociales para su ejercicio al afirmar que *"en virtud de la acción individual de responsabilidad (arts. 133.1º y 135) los administradores sociales responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar, o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario (art. 127 LSA). Se trata de una acción indemnizatoria que asiste a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. La doctrina jurisprudencial (SS. 21 septiembre 1999 [RJ 1999, 7230], 30 marzo 2001[RJ 2001, 6639], 19 noviembre 2001[RJ 2002, 355], entre otras) la configura como una acción resarcitoria para la que están legitimados los terceros (y entre ellos los acreedores sociales) que exige una conducta o actitud –hechos, actos u omisiones– de los administradores contraria a la Ley o a los Estatutos, o carente de la diligencia de un ordenado comerciante –bastando la negligencia simple–, que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar (SS. 21 septiembre 1999, 30 marzo y 27 julio 2001 [RJ 2002, 2404]; 25 febrero 2002 [RJ 2002, 1908]) que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre los actos u omisiones de éste y el daño producido al actor (SS. 17 julio [RJ 2001, 5433], 26 octubre [RJ 2001, 8134] y 19 noviembre 2001 [RJ 2002, 355] y 14 noviembre 2002 [RJ 2002, 9762]). En sede de casación se pueden revisar los juicios de valor sobre la culpa y sobre el nexo causal, pero no las declaraciones puramente de hecho sobre la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión, ni la realidad y cuantía del daño causado (SS. 31 enero 1997 [RJ 1997, 253]; 26 febrero 1998 [RJ 1998, 1169]; 4 junio 2001 [RJ 2001, 3878]; 21 febrero 2002 [RJ 2002, 2894])".*

diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)[104], lo que hizo que algunos operadores jurídicos pusieran de manifiesto, erróneamente a nuestro humilde juicio -dicho sea con los debidos respetos-, que esta situación evidenciaba la existencia de una doctrina contradictoria de nuestro más Alto Tribunal a la hora de reconocer o rechazar la posible legitimación activa de los acreedores sociales para el ejercicio de esta acción *ex* art. 241 TRLSC.

Por nuestra parte consideramos que la valoración conjunta de todas estas resoluciones debe llevar a rechazar cualquier automatismo que pretenda negar de un modo taxativo y sin excepciones la legitimación activa de la que podrían gozar los acreedores sociales para dirigirse frente al administrador societario *ex* art. 241 TRLSC cuando la sociedad deudora que administran no cumple con sus obligaciones produciéndose el impago del acreedor; lo que no obsta a que, como regla general, el acreedor social que ha sufrido un mero impago sin mediar como causante del mismo una conducta especialmente reprobable del administrador, no pueda acogerse con éxito a esta vía para tratar de repercutir el impago social al patrimonio del administrador. Y ello no porque exista una "novedosa" falta de legitimación activa de los acreedores para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores, sino única y exclusivamente porque en tales supuestos no podría predicarse como cumplido el inexorable requisito de que el acreedor

[104] En la Sentencia núm. 919/2011, de 23 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2012\1895) (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:9212), afirma nuestro más Alto Tribunal literalmente que *"a la vista de las conductas descritas, hay base para sostener que el impago de la deuda contraída por XYZ DESARROLLOS, S.A. (antes IBEROAMERICANA FILMS INTERNACIONAL, S.A.) y CHOZAS DEL GASCO, S.A. no es imputable de forma directa a la sociedad y tan solo de forma indirecta o refleja a sus administradores, ya que su comportamiento rebasa sobradamente los límites de la buena fe en el trato con los terceros y permite imputar directamente el daño a su muy irregular proceder"*, lo que supone un reconocimiento expreso de que el daño que puede sufrir un acreedor social por determinadas conductas del administrador puede considerarse como daño directo aun cuando sea la sociedad quien habría tenido que hacer frente a la deuda contraída con el acreedor. En la misma línea, aunque unos años atrás, podemos citar, en entre otras, la Sentencia núm. 85/2008, de 14 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades) (RJ 2008\2926), así como la Sentencia núm. 794/2008, de 29 julio, dictada por Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández) (RJ 2008\4634).

sufra en su patrimonio un daño directo causado por el administrador societario en el desempeño de las funciones inherentes al cargo.

Por tanto, en aquellos supuestos en los que se pueda considerar que sí ha existido un plus de reprobabilidad, susceptible de ser objeto de especial reproche, por parte de la concreta actuación (u omisión) llevada a cabo por el administrador societario respecto de la relación que ha dado lugar al impago de la deuda por la sociedad a su acreedor (*v.gr.,* que el nacimiento del crédito el administrador hubiese actuado con una conducta antijurídica especialmente reprobable sin la cual éste no habría nacido), la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC sí que debería considerarse como una herramienta de protección del acreedor, quien podrá acogerse en estos casos a las posibles excepciones que existen en el marco de la ya referida *"regla general"*, tal y como en puridad ha venido pronunciándose nuestro más Alto Tribunal en las sentencias dictadas incluso a principios de la pasada década[105] en la que esta cuestión estaba ya siendo objeto de discusión.

[105] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 919/2011, de 23 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2012\1895) (ECLI:ES:TS:2011:9212): *"Aunque el impago del "crédito" al "acreedor" no puede identificarse sin más con "daño" y, menos aún, con "daño directo" experimentado por el "tercero" -en la sentencia 647/2006, de 23 de junio se alude al daño que generalmente consiste en el impago de un crédito-, en determinados supuestos pueden coincidir, como acontece en los casos en los que el crédito deriva de relaciones concertadas con la sociedad mediando un comportamiento de los administradores que, con independencia de los deberes que a nivel interno les impone hoy la Ley de Sociedades de Capital y antes el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, rebasa holgadamente los límites de la buena fe exigible no solo en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 del Código Civil) sino también en el desarrollo de las relaciones jurídicas en general".* Y, en la misma línea, en el año 2014, también encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que se enmarcan en un consolidado criterio judicial en virtud del cual se acepta esta legitimación activa del acreedor societario en supuestos de infracción del deber de la sociedad de otorgar garantías por las cantidades entregadas a cuenta en el marco de las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, al considerar que tal incumplimiento sí puede suponer una excepción a la "regla general" por cuanto en esto supuestos, de no haber mediado una actuación especialmente reprobable del administrador vulnerando en el ejercicio de sus funciones la normativa que resulta de aplicación, el acreedor social no habría sufrido daño al tener que haber contado con una garantía susceptible de haber sido ejecutada en caso de incumplimiento posterior de la sociedad, siendo un ejemplo de esta consolidada ya a día de hoy línea jurisprudencial la Sentencia núm. 242/2014, de 23 mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol) (RJ 2014\2943) (ECLI:ES:TS:2014:2037), en la que con meridiana claridad se afirmaba

En este contexto, el abanico de supuestos que pueden tener encaje en la acción individual de responsabilidad de administradores es muy amplio, resultando en todo caso especialmente ilustrativas las clasificaciones que a tal efecto realizan las voces autorizadas de nuestra doctrina, pudiendo significarse aquí, entre otras, además de la ya referida *ut supra* llevada a cabo por VERDÚ CAÑETE[106], la realizada por ALFARO ÁGUILA-REAL[107] sobre la base de tres grandes grupos que incluyen supuestos en los que quien queda vinculado puede ser tanto el propio administrador, como aquellos otros en los que la vinculación sí es directa entre la sociedad y el *"tercero"*. Insistimos, en todo caso, la casuística puede ser infinita y lo importante será la acreditación en cada uno de los supuestos del cumplimiento de la totalidad de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos al efecto.

Ahora bien, debe tenerse presente que, aun en aquellos supuestos en los que sí se pueda argumentar -y acreditar conforme a las reglas de la carga de la prueba- que la antijurídica actuación llevada a cabo por el administrador es susceptible de provocar su

---

que *"el art. 241LCS permite una acción individual contra los administradores, cuando en el ejercicio de sus funciones, incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y tienden a proteger al más débil, en este caso, al comprador de una vivienda que anticipa su precio antes de serle entregada, y sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones",* pronunciamiento que va de la mano de la advertencia que en la propia resolución se contiene al significarse que *"la responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas*".

[106] VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores, cit*., pp. 321-322.

[107] ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 18, 2002-1, pp.45-76, p. 66: *"los casos pueden ordenarse en tres grupos: casos en los que el que queda vinculado con el tercero no es la sociedad, sino el administrador a pesar de que aparentemente el contrato se está celebrando entre la sociedad y el tercero; casos de responsabilidad extracontractual del administrador por los daños causados al contratante al inmiscuirse personalmente en el contrato que incluyen, además, casos de responsabilidad por informaciones erróneas hasta el límite de calificar al administrador como fiador de la sociedad (art. 1902 CC) y casos de responsabilidad extracontractual por infracción (activa u omisiva) de deberes de cuidado que pesan sobre el administrador para proteger a terceros".*

responsabilidad frente al acreedor societario *ex* art. 241 TRLSC, ello en nada afecta a que la deudora por el concreto impago del acreedor siga siendo la propia sociedad ya que, como ha sido previamente apuntado *ut supra*, la eventual condena que pueda sufrir en estos supuestos el administrador no tendrá como causa la conversión de la obligación incumplida por la sociedad en una obligación solidaria de la que deba responder también el administrador, sino que el fundamento de la condena es el de la indemnización de la que será responsable el administrador por los concretos daños y perjuicios que su reprobable conducta, ya sea dolosa ya sea incluso meramente culposa o negligente[108], le haya generado al acreedor.

Tal distinción no es ni mucho menos baladí, siendo ésta la que fundamenta gran parte de la controversia que todavía hoy sigue existiendo, como analizaremos *ut infra*, en aquellos supuestos en los que se tramita en paralelo esta acción por el acreedor de una sociedad

[108] Nótese, en este sentido, que el propio Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de aclarar, en reiteradas ocasiones, que esta especial reprobabilidad de la conducta antijurídica del administrador susceptible de ser analizada ex art. 241 TRLSC no tiene que ser necesariamente calificada como dolosa, siendo suficiente con que ésta pueda considerarse meramente culposa o negligente, siendo un buen ejemplo de ello la anteriormente referida Sentencia núm. 242/2014, de 23 mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ 2014\2943) (ECLI:ES:TS:2014:2037), en la que ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968, literalmente se determina lo siguiente: *"En el presente supuesto se dan todos los presupuestos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala (SSTS 396/2013, de 20 de junio (RJ 2013, 5187), 15 de octubre de 2013 RC 1268/2011 (RJ 2013, 7253), 395/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8990), 312/2010 de 1 de junio (RJ 2010, 2663), 667/2009 de 23 de octubre (RJ 2009, 7272), entre otras), que son: (i) incumplimiento de una norma, en el presente caso, Ley 57/1986 SIC (RJ 1968, 1335), debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley, entre la prórroga del contrato o el de la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. En el presente caso, el incumplimiento de una norma sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber del administrador, en tanto que deber de diligencia, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225,226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable".*

que todavía se encuentra inmersa en un procedimiento concursal[109], donde si cabe incluso la acreditación de este *"daño directo"* está siendo especialmente objeto de controversia[110].

c) La doctrina fijada en la Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: la importancia del *"esfuerzo argumentativo"*

Sin perjuicio de que, como hemos tenido ya ocasión de analizar, el atento estudio de las resoluciones que fueron dictadas por nuestro más Alto Tribunal a partir de la década del año 2010, en puridad, no alteraban su doctrina respecto de la legitimación activa de los acreedores sociales para ejercitar judicialmente la acción individual de responsabilidad

[109] Sin perjuicio de que esta *[controvertida]* compatibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores con la situación concursal de la mercantil administrada será objeto de específico análisis en los Capítulos Quinto y Sexto del presente trabajo, conviene dejar ya apuntado que, a nuestro juicio, como siempre hemos venido defendiendo, esta compatibilidad no debería haber sido cuestiona, siendo precisamente éste uno de los argumentos que hacen decantar la balanza con una mayor contundencia a su favor -lo que no obsta a que, en todo caso, resulte aconsejable que el legislador español positivice expresamente unas reglas de compatibilidad entre ambas-. En cualquier caso, entendemos que no existe confusión en los regímenes de responsabilidad que recaen sobre el administrador por la vía de la responsabilidad de la acción individual y por la vía concursal que impida su compatibilidad. *Vid*., en tal sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. por ROJO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ISBN 978-84-9876-027-9, pp. 281-336, y VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 4, 2006, pp. 15-64. En el mismo sentido se pronuncia más recientemente TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal (Pr. JIMÉNEZ CONDE, F. y GARCIA ROSTÁN CALVIN),* Thomson Reuters Aranzadi, 2022, ISBN: 978-84-1391-702-3, quien considera que la acción individual, pese al silencio legal, se reputa compatible con la sustanciación del concurso por no interferir en él. No obstante, algunos autores han venido defendiendo que sí existe cierto solapamiento (vid., entre otros, VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 103, Nº 4, 2004, pp. 1055-1076), siendo esta compatibilidad, como apuntábamos, uno de los principales puntos de controversia que mayor protagonismo ha acaparado en los últimos años en esta materia tanto en la doctrina como en las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales.

[110] Como ya ha tenido ocasión de advertir la doctrina, en estos supuestos resulta vital esta acreditación para evitar que puedan acogerse a ella de manera indiscriminada acreedores que únicamente han sufrido un mero impago de su crédito por la sociedad sin que haya mediado un comportamiento especialmente reprobable del administrador. *Vid*., entre otros, HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria, cit.,* pp. 301-302.

de administradores *ex* art. 241 TRLSC en su condición de *"terceros"* en aquellos supuestos en los que sí se cumplían los tradicionales requisitos que jurisprudencialmente se venían exigiendo para su ejercicio -con especial rigor, eso sí, en lo que respecta al daño directo y no meramente reflejo sufrido por el acreedor-, lo cierto es que la rigurosa exigencia en la prueba del cumplimiento de los requisitos que se exigía a los acreedores hacía que, en la práctica, aun cuando se pudo considerar efectivamente superada la errónea interpretación que algunos juzgados y tribunales menores realizaron de la ya analizada *"regla general"*, el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores por parte del acreedor social estuviese previsiblemente abocada al fracaso.

En este contexto, entendemos, consciente nuestro más Alto Tribunal de la necesidad de abordar esta cuestión para poder fijar una doctrina jurisprudencial clara e inequívoca, nos encontramos con el dictado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de su Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio[111], cuyo contenido merece en el presente trabajo una especial consideración.

Y es que, si atendemos a lo dispuesto en esta Sentencia en la que se estaba analizando el ejercicio de la acción individual por un acreedor social ante el cierre de facto de la sociedad habiendo dejado impagada la deuda de la parte actora, vemos cómo con ella puede considerarse que la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo respecto del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC, en lo que a su posible ejercicio por el acreedor societario como *"tercero"*, queda configurada sobre la base de los siguientes extremos:

1. Los acreedores societarios sí tienen legitimación activa para su ejercicio, desterrándose por tanto cualquier sombra de duda que al respecto pudiese existir como consecuencia de las ya analizadas *[erróneas]* interpretaciones

[111] Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).

de los pronunciamientos contenidos en las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo a partir de la década de 2010.

2. Como no podría ser de otro modo, esta legitimación activa que, en la teoría o en plano abstracto, se reconoce a los acreedores societarios, pasa porque, en la práctica, en su ejercicio se consideren acreditados los requisitos que cumulativamente se exigen tanto legal como jurisprudencialmente, los cuales pueden quedar resumidos como sigue: *(i)* que se produzca un comportamiento activo o pasivo del administrador, *(ii)* que este comportamiento lo lleve a cabo el administrador en el ejercicio de sus funciones, *(iii)* que esta conducta sea antijurídica, esto es, que sea una conducta que infrinja la Ley, los estatutos sociales o que no se ajuste al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal, *(iv)* que la conducta antijurídica -bastando que pueda ser calificada como meramente culposa o negligente- sea susceptible de producir un daño, *(v)* que el daño que se infiera sea directo al tercero (acreedor) que ejercita la acción, sin necesidad de que se lesionen los intereses de la sociedad y *(vi)* que exista una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño ocasionado al tercero (acreedor)[112].

3. Ahora bien, para considerar acreditada la concurrencia de estos requisitos, en atención a lo dispuesto en el art. 217.7 LEC, el juzgador deberá atender al principio de facilidad probatoria, consecuencia de lo cual la acción podrá ser estimada en aquellos supuestos en los que la parte actora efectúe lo que

[112] Estos requisitos que se recogen en la propia Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, aparecían ya recogidos en análogos términos, entre otras, tanto en la previa Sentencia núm. 131/2016, de 3 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres) (RJ 2016\801) (ECLI:ES:TS:2016:959), como en resoluciones más antiguas como la Sentencia núm. 396/2013, de 20 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2013\5187) (ECLI:ES:TS:2013:3605) o la Sentencia núm. 667/2009, de 23 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández) (RJ 2009\7272) (ECLI:ES:TS:2009:6295).

> nuestro más Alto Tribunal califica como *"esfuerzo argumentativo"* ofreciendo un relato razonable y, por su parte, el administrador demandado no aporte prueba suficiente para desvirtuar los argumentos en los que se sustente la acción individual contra él ejercitada, pese a poder disponer con mayor facilidad de ella[113].

En el concreto supuesto enjuiciado el Tribunal Supremo consideró, por un lado, que la parte actora había planteado en su demanda un relato razonable de la responsabilidad del administrador basado en que, con el cierre de facto de la sociedad, se habían liquidado activos cuyo fruto no se había destinado al pago de los acreedores y, por otro, que pese a la facilidad probatoria que tenía el administrador de acreditar cómo se había llevado a cabo esta liquidación y cuál había sido el destino de lo obtenido con ella, éste no había practicado prueba suficiente de tal extremo tras reconocer que la sociedad sí tenía bienes -en concreto, vehículos-. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal Supremo decidió fijar como doctrina jurisprudencial que, en aquellos supuestos como el enjuiciado en los que se daba la conjunción de ambos extremos, por aplicación del art. 217.7 LEC, debía considerarse que el *"esfuerzo argumentativo"* del acreedor era suficiente para el éxito de la acción.

Como vemos, aun cuando no puede considerarse que esta Sentencia dictada por el Pleno altere o contradiga la previa doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo ni en lo que respecta al tradicional reconocimiento de legitimación activa del acreedor social para ejercitar la acción individual de responsabilidad contra el administrador, ni en lo que atañe a los requisitos inherentes a esta acción ni, tampoco, si cabe en lo que respecta a la aplicación de las regla de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, lo cierto es que sí puede considerarse como una sentencia paradigmática en esta materia en cuanto

[113] Véase, BARRERO RODRÍGUEZ, E. y VIGUERA REVUELTA, R., "Distribución de la carga de la prueba en el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad frente a los administradores de sociedades insolventes. Comentario de la STS 472/2016, de 13 de julio", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, Núm. 42, enero-abril 2017, pp. 373-380.

vino a fijar como doctrina la aplicación de la regla contenida en el apartado séptimo del referido art. 217 LEC en aquellos supuestos en los que se lleva a cabo en la demanda un *"esfuerzo argumentativo"* suficiente para poder atemperar así los efectos negativos que en ocasiones se estaban producido en la práctica forense como consecuencia del incremento del rigor exigido en la acreditación del requisito del nexo de causalidad entre el daño directo y la actuación antijurídica llevada a cabo por el administrador en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma se evidenció o, si se quiere, se reforzó[114] la vía para que los acreedores pudieran ejercitar con mayores probabilidades de éxito esta acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC al permitirse, si se nos permite la expresión, una exigencia probatoria "suavizada" o "aligerada" sobre la base del art. 217.7 LEC -siempre que ésta fuese acompañada de ese esfuerzo argumentativo y de la correlativa pasividad

[114] Este último resurgir de la acción individual de responsabilidad de administrades tras la referida Sentencia núm. 472/2016, de 3 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) se destaca en PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales», *Actualidad-Noticias, Consejo General de la Abogacía Española,* 14 de noviembre de 2016, pp. 1-5 en la edición digital, p. 5: *"A la vista de la nueva doctrina de la Sala Primera no es difícil aventurar un resurgimiento de la acción individual. Las dificultades de prueba de la relación causal en la acción individual, por contraposición a la mayor facilitad para el éxito de la responsabilidad por deudas, determinaban que en la práctica la acción individual se ejercitara sólo de modo subsidiario, frente a una acción principal del art. 367. Ello la abocaba casi siempre al fracaso o a la irrelevancia. Pero el devenir de los tiempos permitió advertir un progresivo resurgimiento, en comparación con la situación existente después de la introducción de la responsabilidad por deudas, que, recuérdese, fue fruto de la adaptación de nuestra legislación societaria al Derecho comunitario, como exigencia de la incorporación de España a la CEE. En un primer estadio, con la limitación de la responsabilidad por deudas a las obligaciones contraídas con posterioridad a la existencia de la causa de disolución, -fruto de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre-, pudo advertirse un repunte en el ejercicio de la acción individual, precisamente para cubrir los supuestos en los que la deuda se había contraído con anterioridad a la causa de disolución. Pero aun así, las posibilidades de éxito resultaban inseguras. Más adelante, en un segundo momento, tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la incompatibilidad con el concurso de la acción de responsabilidad por deudas (cfr. art. 51 bis Ley Concursal), determinó que la acción individual, inmune al concurso, pudiera permitir obtener el cobro de la deuda a costa del patrimonio de los administradores. Pero la reciente sentencia del Pleno del TS, que invierte la carga de la prueba de la relación causal, permite atisbar un horizonte de éxito de la acción individual en los casos en que sea ejercitada por el acreedor insatisfecho frente a los administradores sociales, especialmente en los casos, frecuentes en la práctica, de cierre de hecho de la sociedad"*. Disponible a fecha 3 de enero de 2025 en «https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/».

probatoria del administrador demandado-, concepto éste ciertamente indeterminado que sólo la práctica forense podrá ir perfilando para dotarlo de una utilidad superior a la de la mera aplicación de las tradiciones reglas de la carga de la prueba[115].

A este respecto, por el momento, se ha de advertir que todavía no nos encontramos con un gran número de resoluciones judiciales posteriores a la fijación de esta doctrina del *"esfuerzo argumentativo"* que permitan perfilar de un modo nítido qué debe entenderse con ello, lo que no ha obstado para que, a criterio de cada tribunal y en cada caso concreto de los enjuiciados, se haya acudido a este concepto para estimar o desestimar la acción individual ejercitada.

En este contexto y realizada la advertencia anterior, cabe destacar que, en la línea de esta doctrina jurisprudencial, sí que nos encontramos en los últimos años resoluciones judiciales en las que, en aplicación de este principio de disponibilidad o facilidad probatoria que recae sobre el administrador *ex* art. 217.7 LEC en supuestos en los que se está enjuiciando su eventual responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el art. 241 TRLSC, dichas acciones son estimadas como consecuencia de la pasividad probatoria del administrador demandado en supuestos que van más allá del cierre de facto de la sociedad,

[115] ARIAS ARONA, F.J., «Puede aplicarse el art. 217.7 LEC en la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales si el demandante hace un esfuerzo argumentativo. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2016 (472/2016)», en *AA.VV. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.), Vol. 8, 2016, ISBN 978-84-9148-476-9, pp. 455-468, pp. 467- 468, concluye el análisis de esta paradigmática resolución judicial afirmando que *"la sentencia objeto de este comentario profundiza en una línea, abierta por otras precedentes del Tribunal Supremo, que puede conducir a un aligeramiento en las exigencias probatorias de los acreedores que, insatisfechos sus créditos, reclamen la responsabilidad de los administradores sociales después del cierre de hecho de la sociedad deudora. Ese aligeramiento es especialmente trascendente cuando, como es el caso, se refiere a la relación de causalidad entre el daño (satisfacción de los créditos) y el comportamiento antijurídico de los administradores (el cierre irregular, sin respetar los oportunos procedimientos de disolución y liquidación. Facilitar la prueba, en esos casos, hará más probable el éxito de la acción individual. En realidad, el art. 217.7 LEC y los principios de la cercanía a la fuente de la prueba y de facilidad probatoria conducen a un resultado similar, como lo prueba la jurisprudencia precedente. Solo si, más adelante, el desarrollo jurisprudencial va aclarando el modo en que debe concretarse el esfuerzo argumentativo que se requiere al demandante para invertir la carga de la prueba, será realmente útil la doctrina contenida en la sentencia que aquí se comenta".*

como se enjuiciaba concretamente en la Sentencia dictada por el Pleno, abriéndose así, como no podía ser de otra manera, el abanico de supuestos en los que tal doctrina general resulta de aplicación[116].

En todo caso, este *"esfuerzo argumentativo"* no puede entenderse en modo alguno como un concepto de directa aplicación de una manera genérica en supuestos que se basen en actuaciones del administrador que previamente han sido analizadas como susceptibles de provocar ese daño directo al acreedor social como pudiese ser el cierre de facto de la sociedad que sirvió de base para nuestro Tribunal Supremo para establecer esta doctrina. Así pues, aun cuando en la demanda el acreedor pretenda basarse en una actuación antijurídica del administrador como es el cierre de facto y no ordenado de la sociedad administrada, la aplicación de esta doctrina exige ir un paso más allá a la hora de argumentar por qué tal actuación le ha generado a ese concreto acreedor un daño directo y no meramente reflejo, debiendo por tanto realizar un específico esfuerzo argumentativo que permita un ofrecer un relato razonable sobre tales extremos ya que, de lo contrario, la acción quedaría abocada al fracaso, tal y como además así han tenido ocasión de

[116] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 59/2024 de 21 diciembre de 2023, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR 2024\102541) (ECLI:ES:APMU:2023:3262), en la que, tras destacar que *"la STS de 13 de julio de 2016 (RJ 2016, 3191) exige al demandante que realice en la demanda un esfuerzo argumentativo, a partir del cual es posible atribuir al demandado la carga de acreditar que no existe ese nexo causal",* finalmente se confirma la corrección de la estimación de la demanda en la que se ejercitada la acción individual de responsabilidad frente al administrador por parte del acreedor social que no había visto satisfecho su crédito alegando que el ilícito orgánico llevado a cabo por el demandado que le había generado un daño directo era el de haber formulado cuentas anuales que no reflejaban la imagen fiel de la sociedad generando una falta apariencia de solvencia frente a terceros (entre ellos el acreedor), considerado acreditado tal extremo en aplicación de lo dispuesto en el art. 217.7 LEC afirmado al efecto que*"en lo que a este requisito alcanza, el demandado, de acuerdo con el art. 217.7 LEC, era el único capaz de acreditar que era irregularidad contable no era relevante ni grave. Sin embargo, ha encargado un informe pericial para acreditar que no hubo despatrimonialización de la sociedad porque el contenido de las cuentas anuales era falso y no ha presentado ninguna prueba que pruebe que las irregularidades no eran graves a pesar que se produjo una reducción drástica de todas las partidas en 2018, que disminuyó su Patrimonio Neto de 88.165,58 euros a 7.135,94 euros en un solo año. Por todo lo expuesto, afirmamos que el demandado incumplió el deber legal de confeccionar las cuentas anuales de forma que reflejen la imagen fiel de la situación económica y financiera de la sociedad"*.

recodar nuestros juzgados y tribunales menores en aplicación de esta doctrina jurisprudencial[117].

Ahora bien, aun cuando esta doctrina "perfilada" o "aclarada" por nuestro Tribunal Supremo en los últimos años respecto de la tradicional acción individual de responsabilidad de administradores puede ya ser considerada pacífica y, como tal, está teniendo su fiel reflejo en las más modernas sentencias dictadas por nuestros juzgados y tribunales menores, ello no ha obstado a que, incluso con posterioridad a la ya referida Sentencia núm. 472/2016, de 3 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), nos encontremos todavía con algunas resoluciones judiciales que parecen aferrarse a la consideración del daño sufrido por el acreedor social como un mero daño

[117] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 655/2020, de 30 abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor) (AC 2020\1031) (ECLI:ES:APB:2020:2752), en la que, tras recordar que *"en relación con el cierre de hecho como conducta culpable que puede dar lugar a la responsabilidad del administrador y su relación de causalidad con el daño, la Sentencia de 13 de julio de 2016 exige al demandante que realice en la demanda un esfuerzo argumentativo , a partir del cual es posible atribuir al demandado la carga de acreditar que no existe ese nexo causal"*, finalmente se concluye lo siguiente *"En este caso, aceptamos que el cese de facto de la actividad y que la sociedad no procediera a una liquidación ordenada constituye una actuación antijurídica y culpable directamente atribuible a sus administradores. Ahora bien, el cierre de hecho, en atención a la doctrina jurisprudencial expuesta, no es suficiente para establecer el necesario nexo causal entre esa actuación culpable y el daño, que en la demanda se identifica con el crédito impagado. El esfuerzo argumentativo a partir del cual es posible trasladar a los demandados la carga de acreditar que, de haberse comportado diligentemente, el daño tampoco se habría evitado, no estimamos que se haya realizado por la entidad demandante. En efecto, junto al cese en la actividad, que en la demanda se hace referencia a la situación pérdidas en el ejercicio 2017, con un patrimonio neto negativo de -1.357.612'57, según balance obtenido del Registro Mercantil, sin embargo, nada más se dice en la demanda de la situación patrimonial de la sociedad demandada, y nada en concreto sobre los activos que por valor de 1.200.000 euros aparecen en la contabilidad del año 2016 y que en cambio, no constan en la contabilidad del año 2017. Aparte de que nada de lo recogido por la sentencia de instancia aparece explicitado en la sentencia, ya hemos dicho en supuestos similares, que esa revisión contable del valor de las existencias no constituye un esfuerzo argumentativo suficiente en los términos exigidos por el Tribunal Supremo, máxime cuando las pérdidas acumuladas en el ejercicio 2017 superan el millón de euros, ni nada se dice en la demanda tampoco de la creación de otras sociedades por parte del administrador demandado, donde pudieran haberse algunos activos, por lo que las afirmaciones que en este sentido recoge la sentencia de instancia no pueden ser tenidas en consideración"*.

indirecto o reflejo sin encaje en la acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC[118].

Esta reticencia de nuestros juzgados y tribunales a considerar que el acreedor que ve impagado su crédito por una sociedad insolvente pueda acudir, como regla general, a la acción individual de responsabilidad de administradores, no ha desaparecido tras la fijación de esta doctrina del *"esfuerzo argumentativo"*[119]. Antes al contrario, la reticencia

[118] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 42/2018, de 9 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero) (JUR 2018\96213) (ECLI:ES:APBU:2018:97), en la que, aun cuando ya el Tribunal Supremo había tenido ocasión de puntualizar que, bajo determinadas circunstancias, sí podía considerarse que el acreedor sufre un daño directo, susceptible de ser resarcido por la vía del art. 241 TRLSC, ante el impago de su crédito por la sociedad, todavía se desprende este rechazo de algunos tribunales por considerarlo un daño indirecto o reflejo, afirmándose al efecto en su Fundamento de Derecho Tercero que: *"La citada acción individual precisa que la parte actora que la ejercita precise la conducta negligente y el daño directo producido, y en tal sentido la actora alega que el daño es el impago de la deuda reclamada en este juicio, alegando como actuación negligente que no se liquidó de forma ordenada la sociedad y que con ello se la privó de la posibilidad de cobrar su crédito con cargo a los activos de la sociedad que existían cuando se contrajo la deuda y que después desaparecieron, pero frente a ello hemos de señalar que , en primer lugar, no consta la concurrencia de causa de disolución que origine la posterior liquidación y de concurrir sería posterior a la deuda generada y reclamada, y en segundo lugar que la no liquidación ordenada de la sociedad cuando la misma procede es una omisión que si bien puede ser negligente causa un daño al conjunto de los acreedores sociales, no siendo un daño especifico o individual de la actora o de acreedores concretos, por lo cual no estamos ante un daño directo sino indirecto o reflejo que por ello no permite el ejercicio de la acción individual de responsabilidad , cabiendo sólo la acción social por el daño que tal falta de liquidación ordenada ha causado al patrimonio social y al conjunto de los acreedores sociales, y ello a salvo de la responsabilidad objetiva solidaria por deudas sociales, que reiteramos sólo opera frente a las deudas contraídas con posterioridad a la causa de disolución. La acción por ello debe ser desestimada".*

[119] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 193/2024, de 14 marzo, dictada por Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR 2024\149726) (ECLI:ES:APOU:2024:209), en la que se contiene un clarificador resumen de los motivos que justifican tanto esta reticencia en su estimación, como la posibilidad de que esta acción no obstante pueda tener éxito ejercitada por un acreedor societario cuando sí que concurren esas circunstancias excepcionales y cualificadas que hacen que la concreta conducta del administrador social frente a dicho acreedor, además de ilícita, presenta un plus de reprobabilidad que convierte en directo el daño sufrido por él. Así, y por lo que respecta a la reticencia en su aplicación, se afirma en la Sentencia lo siguiente: *"En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC). Pero el art. 241 LSC también reconoce a los socios y a los terceros una acción individual contra los administradores, cuando la conducta de estos en el ejercicio de su función les hubiera ocasionado un daño directo (...)." "Ahora bien, con carácter general, hemos declarado de forma reiterada (por todas, sentencia 274/2017, de 5 de mayo) que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial*

sigue muy presente girando a día de hoy en torno a si esta situación da lugar o no a un daño directo susceptible de encajar en los requisitos del art. 241 TRLSC[120], y ello aun

y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC." "(...) Como afirmamos en las sentencias 242/2014, de 23 de mayo y 131/2016, de 3 de marzo , la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, a fin de distinguir entre el ámbito de responsabilidad que incumbe a la sociedad, con quien contrata el tercero perjudicado, y la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación." "De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, como advertimos en la sentencia 253/2016, de 18 de abril, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la mens legis." Finalmente, citaremos la STS Núm. 679/2021 de 6 de octubre (RJ 2021, 4484), que abunda en que "el impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que se exija al demandante, además de la prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador, ni determinante sin más de su responsabilidad." "Asimismo, como regla general, no cabe atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales de una sociedad que ha entrado en una situación de insolvencia que impide a sus acreedores cobrar sus deudas. Por el contrario, cuando la LSC ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha exigido el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad o solicitar el concurso, y ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC)." "Incluso en el caso de que los administradores sociales no hubieran sido diligentes en la gestión social y hubieran llevado a la sociedad a la insolvencia, el daño directo se habría causado a la sociedad administrada por ellos, que habría incurrido en pérdidas, no a los acreedores sociales, que solo habrían sufrido el daño de modo indirecto, al no poder cobrar sus créditos de la sociedad. Así pues, los daños sufridos por el acreedor no serían daños directos o primarios, sino reflejos o secundarios, derivados de la insolvencia de la sociedad. Para que el administrador responda frente al socio o frente al acreedor que ejercita una acción individual de responsabilidad del art. 241 TRLSC, es necesario que el patrimonio receptor del daño directo sea el de quien ejercita la acción. Y no es directo, sino indirecto, el daño sufrido por el patrimonio de la sociedad que repercute en los socios o acreedores". Mientras que, por su parte, como justificación de la posibilidad de su ejercicio por parte del acreedor social, se deja una pequeña puerta abierta al establecerse en ella que: *"en caso de que el acreedor haya sufrido daños como consecuencia de la insolvencia de la sociedad deudora, la acción que puede ejercitarse no es por regla general la individual, sino la social, que permite reintegrar el patrimonio de la sociedad", salvo, concluye la sentencia, concurrencia de circunstancias muy excepcionales y cualificadas".*

[120] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 75/2024, de 21 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y Mercantil de Segovia (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Cecilia Fernández Prieto) (JUR\2024\441017) (ECLI: ES:JPII:2024:258): *"Por tanto, en el caso presente, en el que se considera que el daño causado al acreedor lo es por el impago de la factura, no nos encontramos ante un supuesto incardinable en la acción individual de responsabilidad, sin perjuicio de que pudiera incardinarse en otros supuestos, que hayan sido alegados subsidiariamente, lo que examinará a continuación. Finalmente, es necesario decir que, no presentar cuentas no puede considerarse por si*

cuando se haya acreditado la existencia de un ilícito orgánico por parte del administrador societario, lo que hace que deban existir circunstancias muy excepcionales y cualificadas en la particular actuación del administrador frente al concreto acreedor impagado, ya que de lo contrario correríamos el riesgo de atribuir con cierto automatismo a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía cuando, realmente, esto no parece corresponderse con la *mens legis*.

d) Principales supuestos de hecho que, en la práctica, en los últimos años han sido sometidos, con éxito, al escrutinio judicial por parte de los acreedores sociales en el ejercicio de la acción individual frente a administradores de sociedades insolventes

A la vista de la actual configuración legal y jurisprudencial que presenta la acción individual de responsabilidad de administradores como potencial herramienta de los acreedores de sociedades de capital que se encuentren en graves dificultades económicas que impidan en cobro de la deuda, aun cuando la casuística de supuestos que en el plano teórico pueden ser enjuiciados bajo su esta figura puede ser infinita[121], un repaso a la

solo como un incumplimiento culpable generador de responsabilidad, a los efectos de la acción del Art. 241 de la LSC. Los requisitos no se cumplen en este caso, donde se reclama un impago de deudas por la sociedad, sin que se haya acreditado, ni mínimamente, la actuación negligente o dolosa de sus administradores".

[121] *V.gr.,* falta de depósito de cuentas anuales que hubiesen privado de información relevante al acreedor al tiempo de contraer la deuda, incumplimiento grave de los deberes de llevanza de la contabilidad que provoquen una falsa sensación de solvencia de la sociedad frente al acreedor, falta de suscripción de seguros obligatorios como sucede respecto del deber legalmente impuesto al promotor que recibe dinero a cuenta del precio de un inmueble en construcción, ofrecer información engañosa a los acreedores durante las negociaciones en el marco de un plan de reestructuración, etc. Respecto de este último supuesto recomendamos las reflexiones que lleva a cabo IRIBARREN BLANCO, M., «Los deberes de los administradores ante la reestructuración de las sociedades en dificultades» *Anuario de derecho concursal,* ISSN 1698-997X, Nº. Extra 58, 2023, pp. 279-302, trabajo en el que el autor analiza, entre los diversos supuestos de responsabilidad que pueden derivarse para el administrador respecto de un eventual plan de reestructuración, la posible responsabilidad civil en que podría incurrir por causar un daño directo tanto a socios (*v.gr.* con la negociación de un plan de reestructuración que lesione los intereses individuales de los socios minoritarios) como a los acreedores (*v.gr*. facilitando al acreedor información falta o engañosa que afecte a la emisión de su voto), siendo ésta uno de los ámbitos en los que podría entrar en juego una eventual responsabilidad societaria del administrador ex art. 241 TRLSC.

práctica forense hace que coincidamos con MUÑOZ PAREDES, A., 2023[122] en que son dos los principales supuestos que, *a priori*, podrían tener un mejor encaje: *(i)* los impagos que deriven de deuda contraída por el administrador en nombre de la sociedad en una situación de crisis irreversible que, además, es ocultada al tercero y *(ii)* los supuestos de cierre de facto de la sociedad.

Así pues, y dada la importancia práctica que estos supuestos presentan, consideramos oportuno si quiera realizar algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la luz de los más modernos pronunciamientos jurisprudenciales que han sido dictados.

(i) Asunción de deuda en situación de crisis irreversible

Tradicionalmente nuestros juzgados y tribunales han considerado que, bajo determinadas circunstancias, la contratación llevada a cabo en situación de crisis irreversible, con acreditada falta de capital, puede dar lugar al ejercicio con éxito por parte del acreedor social del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC.

Ahora bien, este supuesto de posible responsabilidad del administrador por haber contratado en una *"situación de crisis irreversible, con acreditada falta de capital"* nuevamente nos sitúa ante un concepto jurídicamente indeterminado que obliga a cuestionarse qué debe entenderse por ello y, sobre todo, dónde se encontraría la línea divisora respecto de aquellos supuestos en los que la contratación se lleva a cabo ante una situación de dificultades económicas de la sociedad, supuesto éste que podría considerase incluso como relativamente habitual en el marco de la normalidad comercial.

[122] MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 10271, 2023, pp. 1-10, p. 6, tras analizar los requisitos exigidos por la actual doctrina fijada por el Tribunal Supremo para el ejercicio por el acreedor social de la acción individual de responsabilidad de administradores regulada en el art. 241 TRLSC que *"Entre esas circunstancias destacan dos en la práctica judicial: lo que el propio Alto Tribunal denomina la «asunción de deuda en situación de crisis irreversible» y el «cierre de hecho»".*

Este supuesto de hecho, por tanto, no escapa a la general reticencia de nuestros juzgados y tribunales a la hora de estimar este tipo de acciones ejercitadas por los acreedores sociales, exigiéndose para su éxito nuevamente el ya referido plus de reprobabilidad en la actuación del administrador llevada a cabo con motivo de la contratación enjuiciada que hubiese promovido a la misma con malicia o incluso dolo, protagonizando así un comportamiento ilícito al momento de la contratación con quien finalmente terminó siendo un acreedor social impagado que, de haber sabido la verdadera situación de la sociedad, no hubiese contratado con ella o, al menos, lo hubiese hecho en condiciones distintas a las pactadas (*v.gr.,* habría exigido alguna garantía adicional).

Por ello, cuando esta actuación especialmente reprobable está presente en el ilícito orgánico llevado a cabo por el administrador al momento de la contratación no queda suficiente acreditada, la demanda no puede prosperar.

Ejemplo de ello lo encontramos, entre otras, en la Sentencia núm. 87/2004, de 16 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)[123], así como también, entre otras, en la Sentencia núm.

[123] Sentencia núm. 87/2004, de 16 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) (RJ 2004\648) (ECLI:ES:TS:2004:986), en la que se enjuicia la eventual responsabilidad individual del administrador en la actuación que el demandante considera dolosa al haber librado pagarés para el pago de una deuda que fueron canjeadas por otras con vencimiento posterior, y que el demandante considera dolosa por cuanto a su juicio al momento del cambio debía conocer que la sociedad a corto plazo tendría problemas de solvencia y no podría atenderlas, finalmente nuestro más Alto Tribunal consideró que no podía prosperar la acción por considerar que en el tribunal de instancia no estableció que dicha actuación fuese realizada con ese plus de reprobabilidad, acudiendo para ello al siguiente razonamiento jurídico: *"En los supuestos de responsabilidad por deudas sociales, los administradores efectivamente pueden incurrir en responsabilidades, pero para ello es preciso, en el marco de la responsabilidad por daño a los acreedores del artículo 135, que la contratación se hubiera llevado no precisamente en situación de dificultades económicas de la sociedad, lo que entra en el ámbito de la normalidad comercial, sino más bien de crisis irreversible con acreditada falta de capital, lo que aquí no se probó y la concurrencia de conocimiento suficientemente por los administradores de que la sociedad atravesaba fase de grave endeudamiento y descapitalización y no obstante llevan a cabo actividades de comercio mediante un comportamiento ilícito, al no informar a los clientes del estado económico de la sociedad, y mover su voluntad al contratar, la que de este modo pueda resultar interferida en cuanto a la posibilidad de que no se hubiesen realizado las operaciones o lo fueran en otras condiciones, exigiéndose, en todo caso, pormenorizar en el ámbito del riesgo de los negocios comerciales que la recurrente hubiera probado debidamente concurrencia de nexo causal entre la conducta de los administradores y el daño producido directamente, determinante del impago de las letras, lo que aquí no sucede, ya que la sentencia*

43/2010 de 12 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller)[124].

Vemos por tanto cómo, del análisis jurisprudencial, puede afirmarse que para que la contratación en situaciones de crisis empresarial pueda desembocar en una eventual responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC es preciso que se pruebe debidamente que, al momento en el que se llevó a cabo la contratación, el administrador conocía -o, al menos, debía conocer en el diligente desarrollo de sus funciones, entre las que se encuentra su deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad administrada *ex* art. 225.2 TRLSC[125]- la existencia de una verdadera crisis irreversible de la sociedad con la consiguiente alta probabilidad o cuasicerteza de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas, omitiendo además deliberadamente esta información a la otra parte[126].

---

recurrida estableció como hechos probados que los administradores demandados desempeñaron su cargo sin haber llevado actividades comprendidas en los artículos 127 y 133-1 de la Ley de Sociedades Anónimas, como tampoco se acreditó la existencia de culpa alguna en su gestión, ocasionadora de daño efectivo, por lo que no puede apreciarse la existencia de causalidad suficiente (Sentencia de 28-2-1996 [RJ 1996, 1608]). El motivo ha de rechazarse, ya que, conforme a lo que se deja dicho el Tribunal de Instancia no estableció que la actividad que se imputa a los administradores fuese realizada con malicia, negligencia y menos se trata de actuación dolosa, pues incluso proceden aquellas operaciones de cuantía superior al capital social (Sentencia de 12-6-1995 [RJ 1995, 4739]), que no suponen abuso legal por parte de los administradores y con ello tampoco se instaura responsabilidad frente a los socios o terceros acreedores".

[124] Sentencia núm. 43/2010 de 12 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller) (RJ 2010\533) (ECLI:ES:TS:2010:462).

[125] El cual preceptúa, en el marco del deber general de diligencia, que *"Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad"*.

[126] *Vid*., entre otras, por su claridad, la Sentencia núm. 431/2016, de 26 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso Prieto García-Nieto) (AC 2016\2253) (ECLI:ES:APNA:2016:896) en la que, recogiendo esta doctrina jurisprudencial y aplicándola al caso enjuiciado (como es habitual en este tipo de acciones, la conducta enjuiciada del administrador traía causa en la entrega de un pagaré librado por la sociedad para promover la contratación, sabiendo o debiendo saber que éste no sería atendido por ella ante la situación de crisis irreversible en la que se encontraba la sociedad administrada): *"La contratación en situaciones de crisis empresarial puede, en algunos casos, desencadenar la responsabilidad de los administradores en base a lo estipulado hoy en los arts. 236 y 241LSC. Para ello es preciso que se pruebe que, a la hora de llevar a cabo la contratación en cuestión, el administrador demandado conocía o debía de conocer -en*

En definitiva, la doctrina viene distinguiendo de manera clara entre los supuestos de contratación en situación de dificultades económicas o financieras de aquellos otros en los que sí existe una verdadera crisis económica irreversible con imposibilidad, cuasicierta, de cumplir con las obligaciones sociales, siendo única y exclusivamente este último supuesto el que puede dar lugar a la responsabilidad del administrador por la vía de la acción individual. El primer supuesto, por tanto, excluye esta vía de responsabilidad por considerarse que la contratación de la sociedad llevada cabo en esos momentos no ofrece la excepcionalidad o, si se prefiere, el reproche necesario al administrador, que permita escapar del principio de autonomía patrimonial que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico dadas las propias características inherentes a la actividad empresarial, basada en última instancia en el riesgo y en la aleatoriedad[127].

cumplimiento de su deber legal de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad, ex art. 225.2 LSC (y antes art. 127.2LSA) - la irreversibilidad de la crisis empresarial que aquejaba a su empresa y, por tanto, la probabilidad cercana a la certeza de la imposibilidad de atender en su momento el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pese a lo cual no informa a la otra parte. En este sentido cabe citar las SSTS núm. 87/2004 de 16 febrero. (RJ 2014, 648) y núm. 43/2010 de 12 febrero (RJ 2010, 533) , que señalan que: "En los supuestos de responsabilidad por deudas sociales, los administradores efectivamente pueden incurrir en responsabilidades, pero para ello es preciso, en el marco de la responsabilidad por daño a los acreedores del artículo 135, que la contratación se hubiera llevado no precisamente en situación de dificultades económicas de la sociedad, lo que entra en el ámbito de la normalidad comercial, sino más bien de crisis irreversible con acreditada falta de capital, lo que aquí no se probó y la concurrencia de conocimiento suficientemente por los administradores de que la sociedad atravesaba fase de grave endeudamiento y descapitalización y no obstante llevan a cabo actividades de comercio mediante un comportamiento ilícito, al no informar a los clientes del estado económico de la sociedad, y mover su voluntad al contratar, la que de este modo pueda resultar interferida en cuanto a la posibilidad de que no se hubiesen realizado las operaciones o lo fueran en otras condiciones". (...) Pero la sentencia impugnada no solo aprecia dicho incumplimiento de las obligaciones legales que como administrador incumbían al apelante, sino que además aprecia que la emisión del pagaré se lleva a cabo conociendo el administrador apelante que las dificultades por las que pasaba la empresa (y que se tratan de ocultar al no publicar las cuentas anuales) habría de dificultar o imposibilitar el pago del efecto (de vencimiento a diez días vista de su emisión), dato desconocido por el acreedor. En definitiva concurre, según lo tenido por probado en la sentencia, una conducta negligente como administrador de la sociedad deudora, subsumible en el art. 236 LSC; el daño viene dado por la falta de pago del pagaré; y la relación causal es evidente puesto que difícilmente se hubiera admitido la referida forma de pago en caso de haberse facilitado información al acreedor sobre la verdadera situación económica de la sociedad".

[127] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 228/2007, de 19 abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido) (JUR 2007\262334) (ECLI:ES:APPO:2007:930), en la que se confirma la desestimación de la demanda por considerarse que la contratación de la sociedad -compra de mercancías- se llevó a cabo en el primero de estos supuestos y no en una situación de crisis irreversible: *"Al respecto, por lo que hace a la celebración de*

Como seguro ya habrá podido advertir el lector y así será además objeto de análisis *ut infra*, en aquellos supuestos en los que este tipo de contratación en situación de crisis irreversible termina con la sociedad en una liquidación concursal, esta actuación del administrador además de poder ser enjuiciada por la vía del art. 241 TRLSC también podría ser objeto de enjuiciamiento en sede concursal bajo la presunción de lo dispuesto en el art. 444.1º TRLC (antiguo art. 165.1.º LC)[128], siendo éste uno de los supuestos en

operaciones comerciales, es de señalar que la doctrina viene distinguiendo entre supuestos de contratación en situación de dificultades económicas o financieras de los de crisis económica irreversible (imposibilidad de cumplir las obligaciones sociales), entendiendo que sólo el segundo supuesto genera responsabilidad en atención al principio de la autonomía patrimonial y las exigencias propias de la actividad empresarial basada en el riesgo y la aleatoridad. Así, la sentencia del TS, de fecha 16-2-2004, viene a indicar que la declaración de responsabilidad de los administradores, por actuación dolosa, precisa que la contratación que dio origen a la deuda se hubiera llevado a cabo en una situación de crisis irreversible de la sociedad o constancia de grave endeudamiento con acreditada falta de capital. No llegando a quedar justificada la concurrencia de tal circunstancia en el presente caso. Sin que, de otra parte, la no presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de la sociedad correspondiente al ejercicio 2002 y sucesivos, alcance a determinar responsabilidad al administrador demandado, al no haberse acreditado la existencia de nexo de causalidad entre tal incumplimiento y el daño sufrido por la entidad demandante (en tal sentido, cabe citar la sentencia del TS, de fecha 17-6-2004). De ahí que quepa tener por bien desestimada la acción de responsabilidad a que nos venimos refiriendo".

[128] Resulta oportuno significar a este respecto los acertados razonamientos que se contienen en la Sentencia núm.310/2022, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Ponente: el Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes (JUR\2023\161865) (ECLI:ES:JMO:2022:13787), en la que, enjuiciando un supuesto de hecho en el que la mercantil deudora había culminado con una liquidación concursal consecutiva al fracaso del previo convenio alcanzado, concurso en el que la sección de calificación lo había declarado como fortuito, habiéndose interpuesto con posterioridad una acción individual de responsabilidad del art. 241 TRLSC, fundada en que los administradores de la mercantil habrían contratado con la actora a sabiendas de la situación de insolvencia que atravesaba la sociedad. En esta sentencia el Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo aborda qué debe entenderse por este tradicional concepto jurisprudencial de "situación de crisis irreversible", así como la relación y diferencias que existen en los supuestos que deben ser enjuiciados en sede concursal y en vía societaria en aquellos supuestos en los que se enjuicia la contratación del administrador llevada a cabo en nombre de la sociedad en esta situación. A tal efecto, merecen ser aquí reproducidos los siguientes razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia: *"Uno de los supuestos más usualmente alegados en orden a dar viabilidad a una acción individual es, precisamente, la contratación en situación de insolvencia. Hemos de partir del hecho de que el simple impago de una deuda por la sociedad no puede identificarse, sin más, con la negligencia que exige el art. 241, convirtiendo a los administradores en una especie de garantes a todo evento de las deudas sociales, ignorando la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad y el principio de limitación del riesgo inherente a las sociedades de capital. Por ello la jurisprudencia tiene declarado que es preciso que "la contratación se hubiera llevado no precisamente en situación de dificultades económicas de la sociedad, lo que entra en el ámbito de la normalidad comercial, sino más bien de crisis irreversible con acreditada falta de capital (...) y la concurrencia de conocimiento suficientemente por los administradores de que la sociedad atravesaba fase de grave endeudamiento y descapitalización y no obstante llevan a cabo actividades de comercio mediante un comportamiento*

los que, en la práctica, nos podríamos encontrar ante una tramitación simultánea de una sección de calificación concursal y, extramuros del concurso, con una acción individual de responsabilidad contra el administrador sin que, como veremos más adelante, existan claros mecanismos de coordinación entre ambas.

(ii) El cierre de facto

El segundo de estos supuestos que, principalmente, puede tener cabida *ex* art. 241 TRLSC es el que se produce ante el cierre de hecho de la sociedad, donde la insolvencia de la compañía deudora se muestra de manera irresoluble.

Ahora bien, como reiteradamente ha venido recordando nuestro más Alto Tribunal, el mero cierre de facto de la sociedad no es suficiente para que aquellos acreedores sociales que han visto insatisfechos sus créditos puedan intentar ver resarcido el daño sufrido acudiendo a la vía de la acción individual de responsabilidad, ya que un uso automático de esta vía para el cobro de una deuda social vulneraría, entre otros extremos, el art. 1.257

---

ilícito, al no informar a los clientes del estado económico de la sociedad, y mover su voluntad al contratar, la que de este modo pueda resultar interferida en cuanto a la posibilidad de que no se hubiesen realizado las operaciones o lo fueran en otras condiciones" (STS, Sala 1ª, de 16 de Febrero de 2004, en doctrina reiterada en sentencias posteriores, hasta las más recientes). Si tuviéramos que identificar esa "situación de crisis irreversible, con acreditada falta de capital" con las distintas categorías de insolvencia reconocidas legislativamente en nuestro país (antes de la introducción de la insolvencia probable con la Ley 16/2022) se identificaría mejor, a nuestro criterio, con la insolvencia actual y, dentro de ella, con la cualificada del art. 2.4 TRLC, aquella que se hace visible al tráfico en diversos hechos reveladores. Y calificando la jurisprudencia la crisis como irreversible, entendemos que se compadece mejor con un concurso liquidatorio. Dado que la liquidación tanto puede ser suerte primaria del concurso como consecutiva al fracaso de un convenio, entendemos también que la situación fáctica que sirve de presupuesto a la acción del art. 241 debe limitarse a los concursos en que la liquidación es directa y no consecutiva a un convenio, salvo, claro está, que se perciba que el convenio era inviable desde un principio (…). Por principio, hemos de aclarar que con esta acción no puede pretenderse una revisión societaria del juicio de calificación, que ya mereció un calificativo de fortuito. El objeto de una y otra acción (societaria y concursal) son distintos; así como cualquier retraso en la solicitud de concurso que haya generado o agravado la insolvencia es causa bastante para fundar una calificación culpable, la configuración jurisprudencial del art. 241 exige que la deuda se haya contraído en una situación de insolvencia muy agravada, de tal modo que toda conducta calificada a través de la acción del art. 241 seguramente tendría cabida en la presunción del antiguo art. 165.1.1º LC (por estar a la numeración entonces vigente), pero, a la inversa, no toda violación del deber de instar el concurso sería causa suficiente para el triunfo de la acción individual, que tiene un ámbito de actuación más restringido."

CC en el que se consagra el principio de relatividad de los contratos y la separación de la personalidad de la sociedad de capital y de su administrador.

Por tanto, la primera de las conclusiones que se desprenden de un modo nítido del análisis de las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales es que tampoco en este caso puede aceptarse la aplicación automática del art. 241 TRLSC ya que, de lo contrario, en la práctica se objetivaría en cierta medida una responsabilidad del administrador que no estaría legalmente prevista.

Ahora bien, teniendo estos extremos muy presentes, ello no obsta a que, como apuntábamos *ut supra*, si se cumplen determinados requisitos, el acreedor social pueda acudir al ejercicio de esta acción como vía de protección frente a su sociedad deuda cuyo cierre de facto y correlativa insolvencia le impiden el cobro de su deuda.

De esta forma, en aplicación de la doctrina jurisprudencial existente y de los requisitos legales que ya han sido expuestos, cabe concluir que ante estos supuestos de cierre de hecho de la sociedad el acreedor podrá no solo instar el concurso necesario de la sociedad -si se cumplen los requisitos establecidos al efecto en el TRLC- sino también, ya sea alterativamente, ya sea de manera paralela, la acción individual frente al administrador pues, como veremos, sí resultan procesalmente compatibles. Así pues, el acreedor social podría instar la responsabilidad del administrador societario *ex* art. 241 TRLSC en aquellos supuestos en los que el ilícito orgánico reprochado no solo se circunscriba al mero cierre de hecho sin la práctica de operaciones de liquidación, sino que además éste se extiende a la acreditación de la existencia de concretos activos de la mercantil deudora cuya realización hubiese permitido a la sociedad pagar total o al menos parcialmente la deuda del acreedor demandante.

Como seguro habrá podido advertir el lector, en estos supuestos el acreedor social tendrá en muchas ocasiones una clara dificultad probatoria para acreditar este último extremo, esto es, la existencia de bienes de la sociedad con carácter previo al cierre de facto de la

misma cuya realización hubiese eliminado o, al menos, reducido su deuda -no olvidemos que, a nuestro juicio, la mera acreditación de la existencia de bienes no sería suficiente en aquellos casos en los que, como suele ser la práctica habitual, existe una pluralidad de acreedores que hacen difícil pensar que una liquidación ordenada con realización de los bienes de la sociedad hubiese sido suficiente para que el acreedor demandante hubiese podido realmente cobrar su deuda-, si bien en estos casos podrá acogerse al ya referido principio de facilidad probatoria contenido en las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC, lo que en última instancia nos lleva a la posibilidad que tienen los acreedores de poder acogerse a la doctrina del *"esfuerzo argumentativo"* cuyo buque insignia radica en la, para muchos, paradigmática Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[129].

Y, precisamente ejemplo de la aplicación de esta doctrina del *"esfuerzo argumentativo"* en un supuesto de ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador de una sociedad que había protagonizado un cierre de facto lo encontramos, entre otras, en la Sentencia núm. 199/2024, de 18 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª)[130] en la que, tras recogerse y aceptarse expresamente la última doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo por la que se rechaza cualquier automatismo por el que se pretenda acudir a esta vía ante el imposibilidad de cobrar una deuda de la sociedad[131], finalmente sí considera que el supuesto enjuiciado en

[129] Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).

[130] Sentencia núm. 199/2024, de 18 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR 2024\137702) (ECLI:ES:APS:2024:399).

[131] Se recoge a tal efecto en su Fundamento de Derecho Cuarto que: *"se debe rechazar el recurso automático a la vía de la acción individual para el cobro de deudas sociales, lo que vulneraría el art 1.257 CC (LEG 1889, 27) y la separación de personalidades entre la sociedad de capital y sus administradores y socios, y llevaría a objetivar la responsabilidad en un supuesto no legalmente previsto. Por eso no toda actuación antijurídica de los administradores sería suficiente al efecto; de ahí que se exija al actor " además de la prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad ". (...) Es decir, el ejercicio de esta acción del artículo 241 LSC para reclamar a los administradores deudas sociales,*

el que un acreedor estaba ejercitado una acción individual de responsabilidad de administradores exigiéndoles el pago por su parte de una deuda de la sociedad que administraban que había sido *"liquidada de facto"*. En este supuesto, aun reconociendo las dificultades probatorias a las que se enfrenta al acreedor que ejercita la acción individual de responsabilidad estando cerrada de hecho la mercantil deudora, sí que se considera que la parte actora podría beneficiarse de la doctrina del esfuerzo argumentativo suficiente por cuanto pudo acreditar que, tan solo unos meses antes de la liquidación de facto, en las cuentas anuales aprobadas existían activos corrientes, activos no corrientes y fondos propios en cuantía muy superior al de la deuda impagada al actor, sin que constase ningún acto de liquidación por parte del administrador; administrador demandado que, además, no ofreció ni una mínima explicación del destino de dichos activos el procedimiento judicial instado frente a él pese a la facilidad probatoria de la que necesariamente gozaba[132].

Criterio éste que, en análogos términos, fue también acogido por la Sentencia núm. 34/2023 de 17 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz)[133], en la que igualmente tras efectuar una

debe ser muy riguroso, reservado para los supuestos en que " concurran circunstancias muy excepcionales y cualificadas" (STS 716/2018 de 19 de diciembre), y la demanda debe realizar un especial esfuerzo argumentativo al respecto."

[132] Concluye así la Sentencia identificando el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el éxito de la acción ex art. 241 TRLSC en los siguientes términos: "*El incumplimiento de los deberes legales por los demandados es flagrante. El daño se identifica por el actor en el impago de su crédito (por costas). (...) 28. Esas cuentas, que reflejan la situación patrimonial y financiera de la deudora a 31-12-2011, y fueron aprobadas en julio de 2012, cinco meses antes de la disolución, reflejan (§ 3 de esta sentencia) que la deudora tenía activo no corriente de 119.416,94 €, activo corriente de 256.722,64 € y fondos propios de 55.284,63 €. No consta ni un solo acto de liquidación, ni por lo tanto de pago de pasivos. Al contrario, en fechas cercanas se constituye por los apelantes una SL con idéntico objeto social y que desarrolla su actividad en las instalaciones de la deudora. Y en 2016 la deudora ejercita una acción ante el juzgado mercantil, asumiendo gastos de abogado y procurador. 29. No se ha dado una mínima explicación del destino de los activos referidos con los que hubiera podido pagarse, total o parcialmente, la deuda social, que ascendía a 15.658,39 €, y esta prueba, realizado el inicial esfuerzo argumental por parte del demandante, incumbía a los demandados"*.

[133] Sentencia núm. 34/2023 de 17 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR 2023\375322) (ECLI:ES:APMA:2023:2036).

expresa referencia a las más recientes sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo, especialmente a partir del año 2016, termina ratificando la condena al administrador *ex* art. 241 TRLSC que había sido previamente acordada por el Juzgado *a quo* (el Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga), considerando el tribunal de apelación que sí tiene cabida dicha responsabilidad en aquellos supuestos en los que el ilícito orgánico denunciado se circunscriba a la realización de un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación, siempre que exista una relación de causalidad entre dicha conducta y el impago de la deuda por la sociedad administrada, lo que se produce cuando se constata la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda del acreedor que acciona frente al administrador.

Línea jurisprudencial en la que, igualmente, encontramos la Sentencia núm. 480/2024, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Escudero Rubio)[134].

En estos supuestos de cierre de facto de la sociedad, por tanto, nuestros juzgados y tribunales aceptan la eventual responsabilidad del administrador *ex* art. 241 TRLSC si el

[134] Sentencia núm. 480/2024, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Escudero Rubio) (JUR\2024\259220) (ECLI: ES:APCO:2024:537), en la que se resume este criterio jurisprudencial acogido por el tribunal en los siguientes términos: "En relación al "cierre de hecho" de la entidad sin realizar un proceso legal de disolución o concurso, la Jurisprudencia ha hecho dos importantes consideraciones: 1.- Es preciso que se justifique que dicho "cierre" al margen de las vías legales fue causa del impago de la obligación por la sociedad. 2.- El acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador debe realizar un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (sentencia 253/2016, de 18 de abril). Estos criterios aparecen recogidos en la STS de 13 de julio de 2016, que señala que " para ajustar de forma más adecuada el ejercicio de la acción individual en estos casos de cierre de hecho, resulta conveniente realizar algunas matizaciones en relación con el daño directo y la relación de causalidad. (…) *Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito. Como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico anterior, esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento*".

actor, acreedor de la sociedad que no ha atendido su crédito, consigue argumentar y acreditar que la sociedad contaba con activos que, de no haberse producido ese irregular cierre de facto, de haberse realizado hubieran servido para pagar dicho crédito (acreditación que podrá ser sustituida, como hemos visto, por la realización de un esfuerzo argumentativo acompañado de una inactividad probatoria por parte del administrador por aplicación de lo dispuesto en el art. 217 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla[135]).

Ahora bien, insistimos, ello no debe hacernos olvidar que esta exigencia del verdadero daño directo sufrido por el acreedor social como requisito para el ejercicio de la acción individual a día de hoy es firmemente exigido por nuestro Tribunal Supremo a la vista de sus últimas resoluciones judiciales, aun en aquellos supuestos de cierre de facto de la sociedad (supuesto de hecho que, tradicionalmente, había sido acogido con cierta frecuencia años atrás, como hemos visto, con una mayor flexibilización en la práctica del mismo).

Nótese que la ya referida Sentencia núm. 472/2016 de 13 julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[136], en la que se fijó esta doctrina del *"esfuerzo argumentativo"* estableciéndose con claridad por el Pleno los requisitos que debían cumplirse para el ejercicio de esta acción[137], enjuiciaba precisamente el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores por parte de un acreedor social de una mercantil que había protagonizado un cierre de facto.

[135] *Vid.,* entre otras, la Sentencia núm.792/2023, de 28 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar) (JUR\2024\74692) (ECLI:ES:APIB:2023:3165).

[136] Nótese que, precisamente la Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).

[137] Tales criterios, no obstante, había sido previamente recogidos en la Sentencia núm. 253/2016, de 18 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016, 1342) (ECLI: ES:TS:2016:1650).

Y, precisamente muestra de esta "nueva" o "redefinida" doctrina jurisprudencial en estos supuestos la encontramos en la reciente Sentencia núm. 217/2024, de 20 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres)[138], en la que se analiza un recurso de casación en el que se denunciaba la infracción del art. 241 TRLSC, en relación con la jurisprudencia de la Sala sobre los requisitos de la acción individual de responsabilidad de administradores contenida precisamente en la anteriormente citada Sentencia de Pleno núm. 472/2016, de 13 julio, argumentando la recurrente que en la demanda se había realizado un esfuerzo argumentativo suficiente para acreditar la negligencia de los administradores y la incidencia causal directa que dicha actuación tuvo en el daño patrimonial sufrido por el demandante; recurso frente al que la Decisión de la Sala comenzó recordando la configuración de la acción[139] y su restrictiva aplicación para evitar un recurso indiscriminado a la misma ante cualquier incumplimiento de la sociedad[140].

---

[138] Sentencia núm. 217/2024, de 20 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR 2024\62950) (ECLI:ES:TS:2024:828).

[139] En esta sentencia una vez más se ratifican los tradicionales requisitos para el éxito de esta acción en los siguientes términos: *"Como hemos declarado en las sentencias 253/2016, de 18 de abril (RJ 2016, 1342); 472/2016, de 13 de julio (RJ 2016, 3191); 150/2017, de 2 de marzo (RJ 2017, 668); 87/2019, de 13 de febrero (RJ 2019, 559); y 809/2021, de 24 de noviembre (RJ 2021, 5193), la acción de responsabilidad individual de los administradores sociales se configura como una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario que cuenta con regulación propia (arts. 236 y 241 LSC). Es una responsabilidad por ilícito orgánico, cuyos presupuestos son: (i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; (ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; (iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; (iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación causal entre la conducta antijurídica y el daño directo ocasionado al tercero".*

[140] Continuando al efecto significando nuestro más Alto Tribunal en esta reciente sentencia lo siguiente: *"Asimismo, es jurisprudencia constante de esta sala que no puede recurrirse indiscriminadamente a esta acción por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad, y de ahí la importancia de esos requisitos. 2.- En las sentencias 253/2016, de 18 de abril, y 472/2016, de 13 de julio, hemos insistido en que para que pueda imputarse al administrador social el impago de una deuda de la sociedad, como daño ocasionado directamente al acreedor, "debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social". Así como que, cuando la LSC ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC).*

Ahora bien, en el concreto caso enjuiciado en esta reciente Sentencia[141], en esta ocasión nuestro Tribunal Supremo rechazó que pudiese resultar exigible responsabilidad al administrador *ex* art. 241 TRLSC pese al cierre de facto de la sociedad por considerar que los hechos evidenciaron la inexistencia de este daño directo tan inexorablemente ahora exigido, concluyendo que "*aunque el esfuerzo argumentativo es notable, el propio devenir de los acontecimientos que consta en las actuaciones determina que no resulte suficiente para justificar la existencia del daño directo, pues no consta que previamente al cierre de facto se hubieran liquidado o distraído algunos bienes de la sociedad, ni que dicho cierre tuviera incidencia causal en la falta de cobro de su crédito".*

Esto es, en la medida en que, a juicio del Tribunal, la acreditación de las cuantiosas deudas que tenía la empresa, analizadas en su conjunto con la situación de insolvencia en la que se encontraba la sociedad, hacían presagiar que *"una liquidación ordenada de la sociedad*

Fuera de estos casos, cuando se pretende hacer responsable al administrador del impago de la deuda de la sociedad, el demandante deberá hacer un esfuerzo argumentativo para mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro del crédito. 3.- Con carácter general, el impago de una deuda social no resulta directamente imputable al administrador. Ni siquiera cuando la sociedad deviene en causa de disolución por pérdidas y no es formalmente disuelta, a no ser que conste que caso de haberlo sido, sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito. Para ello hay que hacer un esfuerzo cuando menos argumentativo (sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento), por ejemplo sobre la liquidación o distracción de activos al margen de las previsiones legales sobre disolución y liquidación. Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito".

[141] En atención a lo dispuesto por el Tribunal Supremo, en el supuesto enjuiciado *"en la demanda se argumentó y así se recoge en la sentencia recurrida que el Sr. Fermín fue trasladado de una empresa a otra gestionada por una sociedad nueva (VBSA), sin capital social y en situación de pérdidas desde su fundación, que fue despedido al poco tiempo por los administradores demandados sin indemnización alguna, e inmediatamente esos mismos administradores cerraron de facto la actividad, sin haber formulado ni depositado las cuentas anuales de ningún ejercicio. Y también se alegó y quedó probado que la disolución judicial promovida por uno de los administradores fue solicitada de forma tardía y con la sociedad en situación procesal de rebeldía. Y, una vez acordada la disolución judicial y nombrada a una liquidadora, ésta no pudo llevar a cabo su labor porque no tuvo acceso a la documentación contable imprescindible para ello"* (FJ 6º).

no hubiera garantizado, ni siquiera de forma parcial, el cobro del crédito del demandante", ello excluía la posibilidad del éxito de acción de responsabilidad individual del administrador *ex* art. 241 TRLSC por cuanto aun cuando cometió el ilícito de cerrar de facto de la sociedad sin acudir a una liquidación ordenada de la misma, ello no le causó ningún daño directo al acreedor instante de la acción[142].

Por tanto, cabe concluir que , sobre la base de esta "redefinición" llevada a cabo por nuestro Tribunal Supremo en los últimos años de la doctrina jurisprudencial relativa al posible ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC ante los supuestos de cierre facto de la sociedad administrada, nuestros juzgados y tribunales menores están enjuiciando los concretos supuestos a los que se enfrentan sobre la base de esta premisa (esto es, para que esta acción tenga éxito, el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho debe haber impedido específicamente el cobro del crédito de quien ejercita la acción individual, para lo que se exige un esfuerzo acreditativo que se aleje de meras alegaciones genéricas de aplicación a cualquier cierre de facto de una sociedad), siendo un ejemplo de ello, entre otras, la Sentencia núm. 75/2024 de 12 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Fresneda Domínguez)[143].

---

[142] Mismo criterio resultó de aplicación, entre otras, en la Sentencia núm. 297/2024, de 31 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera) (JUR\2024\282468) (ECLI:ES:APA:2024:991).

[143] Sentencia núm. 75/2024 de 12 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) (JUR 2024\122255) (ECLI:ES:APGU:2024:87): "*Esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladar a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (STS 253/2016, de 18 de abril (RJ 2016, 1342)). (...) pues, ciertamente, en las últimas cuentas presentadas, las de 2017, consta un inmovilizado material por importe de 273.011,71€, mayor que el importe de su deuda, por lo que existía la posibilidad de que la actora hubiera visto satisfecho su crédito de forma total o parcial si se hubiera llevado a cabo una disolución y liquidación ordenada de la sociedad, tal y como alega la actora. En este sentido considera la Sala que, si disponemos de unas cuentas anuales previas el "cierre de hecho", donde aparezcan algunos activos, bastará con que el actor razone en la demanda que la realización de esos activos, ya dentro de un concurso de acreedores, ya en un proceso de liquidación societaria, le habría permitido cobrar el crédito (SAP Madrid Núm. 576/2023, 28ª, de 28 de septiembre). Asimismo, en relación con la carga de la prueba, el propio Tribunal Supremo en Sentencia de Pleno de 18 de abril de 2016 ha declarado que, "Si partimos de la base de que el administrador venía obligado a practicar una liquidación ordenada de los activos*

e) El especial protagonismo de esta acción alcanzado a comienzos de la década del 2020 como consecuencia de las *"moratorias concursales y de índole societario"* acordadas en tiempos de pandemia

Cada una de las crisis económicas a las que nos hemos enfrentado en las últimas décadas ha supuesto un nuevo resurgir de la acción individual de responsabilidad de administradores por la ansiada búsqueda por parte de los acreedores sociales de empresas que devienen en situación de insolvencia de un patrimonio alternativo (o adicional) frente al que dirigirse tras ver impagados sus créditos por la sociedad y, la crisis económica mundial sufrida como consecuencia de la pandemia del COVID-19, no fue una excepción.

Nótese, además, que en esta ocasión el acreedor social se enfrentaba a un nuevo aliciente -si se nos permite la expresión- para acudir al planteamiento de esta acción y es que, como seguro que ya habrá podido advertir al lector, las moratorias concursales y societarias que fueron acordadas pusieron en foco de nuevo en la acción individual de responsabilidad de acreedores ante la prohibición temporal de poder acudir a "estas suspendidas vías".

Recordemos, como ha sido ya anticipado *ut supra*, la crisis mundial provocada por esta pandemia llevó aparejos tiempos muy convulsos en muchos de los ámbitos, incluido el legislativo, cuyo inicio quedó marcado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuya Disposición Adicional Cuarta preceptuaba la

---

de la sociedad y al pago de las deudas sociales pendientes con el resultado de la liquidación, y consta que existían algunos activos que hubieran permitido pagar por lo menos una parte de los créditos, mientras el administrador no demuestre lo contrario, debemos concluir que el incumplimiento de aquel deber legal ha contribuido al impago de los créditos del demandante. En consecuencia, resulta procedente la estimación la acción de responsabilidad y condenar al administrador demandado al pago del perjuicio sufrido por la demandada como consecuencia del cierre de hecho de la sociedad deudora, que ha supuesto el incumplimiento de los deberes de liquidación ordenada de la sociedad. Perjuicio que, en este caso, a falta de prueba en contrario, viene representado por el importe de los créditos que, como consecuencia de aquel ilícito orgánico, la demandante no pudo cobrar." Los argumentos de la recurrente no han justificado que la liquidación ordenada de la sociedad no hubiera permitido a la sociedad acreedora satisfacer total o parcialmente su crédito, …".

suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.

Ahora bien, aun cuando tal previsión vio llegar su final el 4 de junio de 2020 (momento en el que, de conformidad con el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma, se alzó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones), la excepcional legislación en el ámbito societario y en el concursal continuó con unas reglas del juego específicas y mucho más extendidas en el plano temporal, siendo el paradigma de todo ello la *[novedosa]* suspensión temporal de la obligación de presentar concurso de acreedores en atención a lo dispuesto por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19.

Esta medida, bautizada coloquialmente como *"moratoria concursal"* -medida que vio la luz por primera vez en nuestro Derecho de insolvencias con esta tan novedosa como excepcional previsión normativa-, si bien inicialmente se configuró con una previsión de extensión limitada en el tiempo hasta el 14 de marzo de 2021, finalmente fue prorrogada *in extremis* el 12 de marzo del citado año cuando, con el objetivo de evitar una avalancha de concursos, el Gobierno acordó en el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE del 13 de marzo), continuar con las sucesivas prórrogas de la suspensión de esta obligación de presentar solicitud de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2021; ello no obstante sin perjuicio de que, finalmente, ésta se extendió hasta el 30 de junio de 2022 en atención a la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

Ahora bien, esta moratoria concursal no estaba exenta de riegos, ni mucho menos, para el administrador societario, y es que:

(i) Por un lado, no podía perderse de vista el hecho de que en dicho Real Decreto-ley 5/2021, se indicaba, respecto de la suspensión de la obligación de presentar concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que conociese la situación de insolvencia (tal y como establecía en aquel momento el Texto Refundido de la Ley Concursal), que éste debía computarse a partir de la fecha de finalización del plazo de suspensión del citado deber mientras que, sin embargo, sorprendía que la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que se hubiesen presentado desde el 14 de marzo de 2020 se limitaba en el tiempo únicamente hasta el 31 de diciembre de 2021. Esta distorsión entre ambas previsiones normativas provocaba que, por la propia literalidad de la noma, el administrador que decidiese esperar estos dos meses, a nuestro juicio asumía el riesgo que se admitiese a trámite un concurso necesario (ello, claro está, con el impacto que en última instancia ello podría tener en una eventual condena en la pieza de calificación).

En todo caso, como ya se ha apuntado, finalmente la moratoria concursal se extendió hasta el 30 de junio de 2022 en atención a la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

(ii) Por otro, entendemos además que con una mayor potencialidad en el riesgo asumido por el administrador social, debía tenerse muy presente que esta moratoria concursal, por su propia configuración, no ofrecía protección frente a eventuales responsabilidades extra-concursales, esto es, las societarias que sí permanecían vigentes con la única excepción de la protección conferida respecto del régimen de responsabilidad por deudas sociales de los administradores *ex* art. 367 TLSC por la adicional *"moratoria contable o societaria"* que fue acordada en paralelo respecto de la determinación de la concurrencia o no de causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC

> extendida -solo ésta- presumiblemente hasta el cierre del ejercicio 2024, si bien recientemente prorrogada hasta el 2026.

De esta forma nos encontramos con que la pandemia causada por el COVID-19 tuvo un impacto en dos de las obligaciones que recaen sobre los administradores de sociedades de capital: *(i)* por un lado, como consecuencia de la moratoria concursal y sus sucesivas prórrogas, quedó suspendida la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde la manifestación de la situación de insolvencia actual hasta el 30 de junio de 2022 y, *(ii)* por otro, como consecuencia moratoria contable o societaria, que supuso excluir en un primer momento las pérdidas acaecidas durante el año 2020 a fin de analizar si concurría o no la causa de disolución por pérdidas en ese ejercicio, esta sí sufrió una mayor extensión temporal, recientemente renovada además; así, mientras que en el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, ésta se extendió al determinar que *"las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021"* no se tendrán en cuenta para analizar si concurre o no esta causa de disolución "*hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2024"*, afectando así a los ejercicios 2022, 2023 y 2024, ejercicios en los que los administradores no tendrán que tomar en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a los únicos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC, esta moratoria societaria ha sufrido una nueva extensión temporal hasta el año 2026, debiendo señalarse a este respecto que el reciente Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, a pocos días de su finalización, para extender nuevamente en el tiempo esta moratoria indicando que a estos efectos *"no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026"*.

Ahora bien, como ya fue advertido por muchos operadores jurídicos -entre los que nos encontramos- estas moratorias concursal y societaria no debían hacer bajar la guardia a los administradores societarios por cuanto, con independencia de la *[limitada]* protección que estas ofrecían, la realidad es que la situación de la empresa ya fuese de insolvencia, ya fuese respecto de dichas pérdidas, en todo caso, existía y no debía ser olvidada por los administradores a la hora de tomar las decisiones que considerasen oportunas en el diligente desempeño de las funciones de su cargo ya que, a nuestro juicio, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de la toma de decisiones que, en última instancia, pudiese ser objeto de escrutinio *ex* art. 241 TRLSC.

De esta forma, dado que pese a estas moratorias y sus prórrogas, durante dicho periodo siguió inmutable, en todo caso, el régimen de responsabilidad del órgano de administración social sobre la base del deber de diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 TRLSC), con independencia de que, como hemos apuntando, consideramos que la actuación del administrador incluso podría ser objeto de enjuiciamiento en una ulterior tramitación de una sección de calificación concursal a fin de determinar en qué medida el administrador pudo haber contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia de la sociedad administrada durante dicho periodo aun cuando no estaba obligado a solicitar el concurso[144], el ecosistema normativo vigente en aquel momento dejaba incólume la responsabilidad del administrador por la vía de la acción individual de responsabilidad de administradores, dotándola así de un renovado protagonismo; máxime cuando, además, ya contamos con precedentes jurisprudenciales que avalan la postura que acabamos de exponer[145].

---

[144] La existencia de la moratoria concursal y sus prórrogas no impedía, en todo caso, la posibilidad de que se pudiese solicitar la declaración voluntaria de concurso de acreedores, siendo consideramos lo más recomendable respecto de las empresas que no fuesen viables.

[145] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. *[sic]/*2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922): *"La cuestión más novedosa a analizar en el presente caso es la coincidencia de los hechos expuestos con la situación de pandemia, el cese de actividad durante el estado de alarma y la legislación de urgencia. (…) Sin embargo, consideramos que las medidas adoptadas mediante la legislación COVID deberían afectar*

Ahora bien, este nuevo protagonismo recientemente otorgado a la acción no debe olvidar el ya analizado alto rigor exigido por nuestros juzgados y tribunales en la acreditación de los cumulativamente requisitos exigidos al efecto, especialmente en lo que al daño directo se refiere desde el punto de vista del efectivo perjuicio directo -que no meramente reflejo- sufrido por el acreedor social. Por ello, en aquellos supuestos en los que sí se pueda acreditar el plus de reprobabilidad de la actuación del administrador respecto del concreto

---

única y exclusivamente a las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado, es decir, en aquéllas en las que ya se había evaluado y considerado su viabilidad económica. O en aquéllas que, sin haberse sometido a un previo proceso -judicial o extrajudicial- de valoración de su viabilidad económica, ya fuera en un convenio concursal o por un acuerdo previo de refinanciación, venían actuando con solvencia en el mercado, pero que, de manera sorpresiva y por las circunstancias extraordinarias que supuso la declaración de estado de alarma, habían visto gravemente afectada su actividad. Y sobre éstas se esperaba, razonablemente, que por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas, como veremos más adelante, pudiera continuar predicándose su viabilidad. Así, se nos antoja de difícil aceptación el hecho de exonerar de responsabilidad del artículo 367 TRLSC o de la responsabilidad concursal, vía calificación, a un administrador societario que, siendo consciente de la inviabilidad económica de la sociedad administrada, ha continuado generando pasivo, agravando la situación de insolvencia o, simplemente, ha permitido el deterioro de su activo perjudicando con ello a los acreedores preexistentes. Y con ello, más difícil se hace la defensa en caso de que algún acreedor exija la responsabilidad del administrador, no por la vía del artículo 367 TRLSC, sino por la vía de la acción individual del artículo 241 TRLSC. Y ello relacionado con la presunta falta del deber de diligencia de ese mismo administrador que, con infracción de tal obligación legal y/o estatutaria, no solicita el concurso de la mercantil administrada amparándose en la "moratoria concursal". Cierto es que la utilización de esta vía exige un mayor esfuerzo argumentativo y de prueba. Así las cosas, teniendo en cuenta la situación económica durante la pandemia y la existencia objetiva de la moratoria concursal, es necesario probar, a nuestro juicio: 1º. Que el administrador conocía, no sólo la situación de insolvencia de la sociedad, sino la propia inviabilidad de la actividad económica de la misma. 2º. Que el administrador demandado actuó con mala fe o de manera negligente o con algún tipo de interés personal a la hora de adoptar la decisión de no actuar, es decir, de no solicitar la declaración de concurso. 3º. O que dicho administrador actuó sin informarse suficientemente o sin un procedimiento de decisión adecuado. 4º. Además se ha de probar que dicha decisión de no actuar generó un perjuicio (o agravó uno anterior) al acreedor reclamante. Es decir, deberá acreditarse la concurrencia una falta de diligencia del administrador en una situación próxima a la insolvencia, que hubiera permitido que la sociedad haya continuado en el tráfico contrayendo nuevas obligaciones a pesar de que no podrá cumplirlas, por ser inviable de forma irreversible."; argumentación tras la que, finalmente, considera que debe ser estimada la acción individual *ex* art. 241 TRLSC pese a la protección conferida por las moratorias concursal y societaria, indicando al efecto que: *"Teniendo en cuenta la argumentación de la actora, no rebatida por la demandada, sobre la desaparición de facto del tráfico de la mercantil y los daños causados a la acreedora por la falta de una liquidación ordenada del activo, podemos estimar concurrente la responsabilidad del artículo 241 TRLSC y, por tanto, estimar la demanda, al considerar que ha quedado acreditada la concurrencia de los presupuestos para la prosperidad de las acciones ejercitadas".*

acreedor -junto con el resto de requisitos-, esta acción sí que quedó conformada durante las moratorias concursal y societaria como una posible vía de defensa de sus intereses[146].

Así pues, mientras que nos encontramos con recientes pronunciamientos jurisprudenciales que exoneran de responsabilidad a los administradores sociales por aplicación de estas moratorias societaria y concursal en aquellos supuestos en los que se exigía bien su responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC, bien por el retraso en la solicitud del concurso[147] -supeditadas, eso sí, a que tanto el desbalance como, en su caso, la situación de insolvencia, hubiesen "nacido", si se nos permite la expresión, durante el periodo de protección de dichas moratorias y no antes[148]-, nos encontramos con que, en la

[146] El lector podrá encontrar una interesante reflexión sobre estos extremos en GARCÍA-VILLARRUBIA, M., «Los presupuestos de la acción individual frente a los administradores sociales en caso de impago de deudas por la sociedad», Boletín Mercantil, Núm. 103 (Publicaciones URIA), 2022, pp. 1-9 en edición digital. Disponible a 9 de julio de 2024 en «https://www.uria.com/es/publicaciones/7795-los-presupuestos-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-frente-a-los-adminis». El autor recoge con claridad esta reflexión al concluir que *"En este contexto, como decíamos, en el momento presente y pese a las dificultades, la acción individual de responsabilidad de administradores adquiere un protagonismo especial como posible remedio ante situaciones anómalas de compañías mercantiles inviables que, por efecto de las disposiciones antes comentadas (moratoria concursal y exclusión de las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a efectos de la causa de disolución por pérdidas cualificadas), sigan existiendo en el tráfico jurídico mercantil sin realizar una liquidación ordenada de sus activos o que incluso sigan contrayendo obligaciones frente a terceros pese a su situación. La acción individual de responsabilidad sigue siendo un remedio excepcional y, para que sea un recurso válido en ese tipo de situaciones, han de darse los exigentes presupuestos establecidos por la jurisprudencia. Pero no se puede esconder que el escenario actual es especialmente propicio para ello"* (p. 9).

[147] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 13/2024, de 23 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosa María Andrés Cuenca) (ECLI:ES:APV:2024:11).

[148] Claro ejemplo de ello lo encontramos, entre entras, en la Sentencia núm. 635/2021, de 18 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Bárbara María Córdoba Ardao) (JUR\2022\13261) (ECLI:ES:JMM:2021:11858) destacó, considerando que estas moratorias no protegían en modo alguno al administrador enjuiciado ya que se cumplían los requisitos para ello con carácter previo al inicio de las mismas dado que "*las dificultades económicas de la sociedad demandada no son atribuibles o imputables a las medidas sanitarias impuestas por el Gobierno para evitar la propagación del COVID en marzo de 2020, sino que ya se remontan, cuanto menos, al cierre del ejercicio 2018, situación que sigue arrastrando durante los ejercicios 2019 y 2020, fecha en la cual contratan los servicios de la actora"*, que *"lo que no estaba en la mente del legislador fue que esa moratoria pudiera amparar comportamientos irregulares de los órganos de administración de compañías que llevaban años atrás, arrastrando pérdidas y en desbalance patrimonial y aumentando la deuda social debido a su inacción, como fue el caso de autos".* Criterio que, a su vez, es igualmente acogido en análogos términos en la posterior Sentencia núm. 99/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Aragonés

práctica forense, contamos con numerosos supuestos que evidencian cómo los acreedores han tratado de escapar de esta protección acudiendo a la vía de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC.

En todo caso, como era de esperar, el rigor en la exigencia de cumplimiento de los requisitos inherentes a esta acción no se ha visto suavizado en el enjuiciamiento de estas acciones por lo que, en aquellos supuestos en los que el ilícito orgánico imputado a los administradores pasaba por una mera pasividad en su actuación al no promover la liquidación de la sociedad ni tampoco solicitar el concurso de la misma durante el periodo de protección de estas moratorias societarias y concursales, el planteamiento de una posible responsabilidad del administrador por la vía de la acción individual quedaba vedado en la medida en que ningún ilícito orgánico se cometía por quien se acogía (cumpliendo los requisitos, lógicamente) a la protección conferida por el legislador español con esta normativa excepcional dictada con motivo de la crisis provocada por el COVID-19[149].

Entendemos, además, que ello permanecerá inalterado sin perjuicio de que, sin duda, la nueva reforma operada por el recientísimo Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, ampliando los efectos de la moratoria societaria hasta el 2026,

Seijó) (JUR\2023\377188) (ECLI:ES:JMGI:2023:2206), así como en la Sentencia núm. 514/2023, de 14 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2023\358186) (ECLI:ES:APM:2023:12791) y en la Sentencia núm. 1193/2022, de 9 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2023\50184) (ECLI:ES:APMU:2022:3139). Asimismo, por su parte, en el seno de la sección de calificación concursal encontramos el mismo razonamiento en la Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Aragonés Seijo) (JUR\2023\329219) (ECLI: ES:JMGI:2023:1278).

[149] *Vid.,* entre otras, la Sentencia núm. 48/2023, de 7 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Isabel Poveda Bernal) (JUR\2023\190966) (ECLI:ES:JMIB:2023:501) y la Sentencia núm. 8/2023, de 23 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Yolanda Ríos López) (JUR\2023\106654) (ECLI:ES:JMB:2023:124).

será un nuevo aliciente para que, en los próximos meses, muchos sean los nuevos acreedores que valoren el inicio de acciones fundadas en el art. 241 TRLSC.

Nótese, asimismo, como última reflexión, que estos extremos que acabamos de exponer respecto de las moratorias concursal y societaria -y sus prórrogas- acordadas con motivo de la crisis provocada por la COVID-19, se replican en idénticos términos respecto de las que recientemente han sido acordadas, si bien con un ámbito geográfico limitado, con motivo de la DANA sufrida en algunos municipios españoles el pasado 28 de octubre de 2024.

Y es que, pese a la novedad y excepcionalidad del contenido de estas moratorias en nuestro Ordenamiento Jurídico, lamentablemente este tipo de medidas ha visto recientemente la luz de nuevo -aunque con un ámbito más limitado- como consecuencia del reciente y grave episodio meteorológico de la DANA que tuvo lugar el pasado 28 de octubre de 2024 afectando a diferentes municipios españoles, fruto de la cual se acordaron medidas relativas, entre otros ámbitos, asociadas a este tipo de moratorias concursal y societaria.

Así pues, recordemos, si atendemos a lo dispuesto en las novedades legislativas acordadas a tal efecto tanto en el Real Decreto-ley 6/2024, de medidas urgentes ante la DANA, como en el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 nos encontramos ante:

1. Una nueva moratoria concursal *[limitada geográficamente]*, prorrogada por el Real Decreto-ley 8/2024, fruto de la cual se adoptan las siguientes medidas: *(i)* la suspensión del del deber de solicitar la declaración de concurso o la apertura de los procedimientos especiales para microempresas hasta el 31 de diciembre de 2025, *(ii)* la inadmisión de solicitudes de concurso necesario hasta el 1 de marzo de 2026,

presentadas durante este periodo de protección, *(iii)* la priorización de la tramitación de las eventuales solicitudes de concurso voluntario frente a las de concurso necesario, aun cuando aquellas se presentasen en fecha posterior y *(iv)* la extensión de la protección durante esta prórroga respecto de aquellos deudores que hubiesen comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitado su homologación, con independencia del vencimiento de los plazos establecidos en la normativa concursal vigente.

2. Una nueva moratoria societaria *[también limitada geográficamente]*, acordada en el Real Decreto-ley 8/2024, fruto de la cual en caso de concurrir causa de disolución en aquellas sociedades que igualmente tengan su domicilio social en alguno de los municipios identificados en el previo Real Decreto-ley 6/2024, el plazo legal para convocar la junta general a los efectos contenidos en el art. 365 TRLSC se suspende hasta el 30 de junio de 2025 y, si la causa de disolución acontece entre el 30 de noviembre de 2024 y el 30 de junio de 2025, se excluye expresamente la responsabilidad de los administradores de las deudas sociales contraídas durante dicha horquilla temporal.

Pero, insistimos, estas medidas deberán ser tenidas en cuenta por los administradores de las sociedades que tengan su domicilio social en las zonas afectas con la máxima prudencia, ya que todas las advertencias que han sido *ut supra* realizadas se deben considerar aquí también de plena aplicación.

1.4 ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

1.4.1 Configuración legal del régimen de responsabilidad de los administradores *ex* art. 367 TRLSC

La responsabilidad por deudas exigida a los administradores sociales *ex* art. 367 TRLSC (antiguos arts. 262.5 LSA[150] y 105.5 LSRL) presenta una configuración notablemente

[150] Bajo la regulación del art. 262.5 TRLSA anterior a la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España los administradores debían pechar con un

separada de las anteriormente analizadas, encontrándonos ante un régimen de responsabilidad *ex lege* por deudas ajenas por incumplimiento del administrador de los deberes legales impuestos en caso de que la sociedad esté incursa en causa de disolución o insolvencia.

Como ha sido ya anticipado, esta responsabilidad que alcanza al órgano de administración haciéndolo solidariamente responsable de la deuda junto con la sociedad administrada, se aleja del régimen eminentemente resarcitorio previsto para las otras acciones societarias para configurarse como una responsabilidad de índole cuasi-objetiva que nace *ex lege* por mor de lo dispuesto en el art. 367 TRLSC como un mecanismo que desincentive el incumplimiento de los deberes del administrador ante el acaecimiento de una causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad administrada, lo que para algunas de las voces más autorizadas de nuestra doctrina supone la existencia de un riguroso y duro régimen de responsabilidad[151], lo que ha podido ser en todo caso parcialmente matizado, en alguna

régimen de responsabilidad por esta vía mucho más gravoso que el actual, y ello por cuanto el precepto antes determinaba que *"responderán solidariamente de las obligaciones sociales "*, esto de, en general, sin que la norma hiciera ninguna distinción respecto de si dichas obligaciones habían nacido o no al momento de producirse la causa de disolución. Este régimen cambió tras la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, tras la cual la responsabilidad del art. 262.5 TRLSA pasó a ceñirse a *"a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución";* limitación ésta que se traspasó al actual 367 TRLSC.

[151] Un completo análisis de esta acción de responsabilidad por deudas puede encontrarse en FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en *AA.VV*. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo V (Artículos 346-433) Separación y exclusión de socios. Disolución y liquidación. Las obligaciones (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 978-84-1397-954-0, pp. 5033-5086, en el que, tras resumir el marco de responsabilidad de administradores societario y concursal existente, destaca lo gravoso de esta acción en los siguientes términos: *"En este marco normativo se inserta el precepto objeto de comentario, cuya interpretación conjunta con las restantes piezas del sistema presenta demasiadas aristas, motivadas, en opinión pacífica de la doctrina, por la defectuosa técnica legislativa seguida, agravado todo ello por las frecuentes y no armónicas reformas legales operadas en los últimos años; sistema de responsabilidad de deuda ajena, que, en general en la doctrina se ha tildado como excesivamente riguroso y duro, sin parangón en los países de nuestro entorno, inspirado en el antiguo artículo 2.499.1 Codice Civile italiano, que preveía una norma parecida, que fue derogado en 2003 y sustituido por una responsabilidad por daños (Polo, 2007, págs.. 397-401), por lo que de lege ferenda, se ha propuesto, siguiendo los pasos del legislador italiano, su derogación o modificación, llevándolo al campo de la responsabilidad por culpa y daños (Vicent, 2006, págs. 45 a 50, con profusión de argumentos"* (p. 5034).

ocasión, por nuestros juzgados y tribunales exonerando la misma en caso de apreciar justa causa[152].

De esta forma, y con independencia de las posibles discusiones que han mantenido respecto de su configuración como una responsabilidad de naturaleza sancionadora o indemnizatoria, la realidad es que su configuración legal, como han determinado nuestros juzgados y tribunales, se asemeja, por las concomitancias existentes con la posición jurídica del fiador solidario, a una suerte de "fianza legal" que nace como consecuencia del incumplimiento del administrador de adoptar las medidas legalmente exigidas en caso de acaecimiento de una causa de disolución o insolvencia de la sociedad que administra[153].

---

[152] No obstante, si bien en momentos anteriores nos encontramos con resoluciones judiciales que exoneraban de responsabilidad al administrador por esta acción en determinado supuestos como podría ser el del conocimiento del acreedor contratante de la situación de la sociedad al momento de nacer su crédito -*vid*., entre otras, la Sentencia núm. 118/2006, de 16 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (RJ\2006\2934) (ECLI:ES:TS:2006:735)-, tal criterio jurisprudencial puede considerarse a día de hoy superado so pena de vaciar de contenido la previsión específicamente regulada al efecto -*vid*., entre otras, la Sentencia núm. 733/2013, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2014\1835) (ECLI:ES:TS:2013:6634)-.

[153] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 586/2023, de 21 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) (RJ\2023\2636) (ECLI: ES:TS:2023:1721): *"5.-Esta deuda contractual no es, pues, la fuente directa de la responsabilidad exigida a los codemandados, sino solo su fuente indirecta o mediata por haber sido determinante de que la sociedad que administraban haya pasado a ser ex lege garante solidaria de esa deuda, sin prejuicio del preceptivo pronunciamiento judicial declarativo. En este sentido, la condición de los administradores de "garantes solidarios" de las deudas sociales, conforme al art. 105.5 LSRL (al igual que en el actual art. 367 LSC) guarda concomitancias con la posición jurídica del fiador solidario, al asumir una función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena, si bien en el caso de los administradores esa situación no surge de un nuevo vínculo obligatorio de origen contractual sino legal, distinto aunque subordinado al que originó la deuda que sea causa de esa garantía, sometiendo al patrimonio del administrador (como el del fiador en la fianza) a la eventual reclamación del acreedor en caso de que el deudor principal no haya cumplido antes, sin perjuicio de que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios (arts. 1822 y 1144 CC). Pero en estos supuestos de responsabilidad solidaria de los administradores, como en el caso de la fianza solidaria, no existe una obligación única con pluralidad de deudores, sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de distintos y, eventualmente, de naturaleza también diferente (en este caso contractual la de HACIENDAS, y legal la de PISUERGA y los codemandados D. Rogelio y D. Rómulo). Esto es lo que explica, como declaramos en las sentencias 458/2010, de 30 de junio, y 414/2013, de 21 de junio, que el administrador que paga pueda "subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad, con éxito, en el caso de que la misma, pese a estar incursa en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito", de forma similar a como sucede en el caso del fiador que con el pago al acreedor garantizado extingue su obligación y paralelamente nace su facultad de reintegro frente al deudor ex art. 1838.1º CC. 6.-Conviene advertir,*

a) Presupuestos para el éxito de responsabilidad por deudas

Dejando a un lado el impacto de la ya referida *"moratoria societaria"* por la excepcionalidad temporal de sus efectos -respecto de la que, además, *ut infra* en todo caso reflexionaremos-, resulta oportuno continuar nuestro estudio significando que es pacífica la doctrina jurisprudencial a la hora de identificar conceptualmente cuáles son los requisitos que, conforme al art. 367 TRLSC, deben concurrir cumulativamente para el éxito del ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas, pudiendo citarse aquí, entre otras, la Sentencia núm. 253/2024, de 29 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón)[154], en la que se identifican como *"presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad a la administradora que i) la sociedad sea deudora, ii) concurra causa de disolución de la sociedad de acuerdo con el art. 363 LSC, iii) la deuda sea posterior a la causa de disolución"*.

Ahora bien, como veremos, aun cuando, *a priori*, la determinación de si concurren o no estos requisitos podría ser relativamente sencilla -al menos en comparación con el esfuerzo probatorio inherente a las otras dos acciones societarias de responsabilidad de administradores por su carácter indemnizatorio a diferencia del carácter sancionador que ésta presenta, como ha sido ya advertido-, la práctica forense ha puesto de manifiesto la

por tanto, que el hecho de que la deuda exigida a PISUERGA no derive de un vínculo contractual, sino que se haya originado ex ministerio legis (art. 105.5 LSRL), no exoneraría a los codemandados D. Rogelio y D. Rómulo de su propia responsabilidad por ese pasivo de PISUERGA pues, como hemos dicho, el régimen de la responsabilidad por deudas de los administradores del citado precepto incluye en su ámbito objetivo no solo las obligaciones de naturaleza contractual sino también "las que tengan otro origen", sin que haya razón para excluir las obligaciones derivadas de la responsabilidad legal por deuda ajena de la sociedad administrada. Esta responsabilidad no es totalmente ajena a la idea de débito, pues, como regla general, en nuestro Derecho, debido y responsabilidad aparecen estrechamente vinculados".

[154] Sentencia núm. 253/2024, de 29 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2024\149691) (ECLI:ES:APMU:2024:616).

existencia de cierta controversia respecto de algunos de los extremos que se deben tener en cuenta[155] a los que, si quiera de un modo sucinto, nos referiremos a continuación.

(i) Las causas de disolución establecidas en el art. 363 TRLSC. Especial problemática asociada a la datación del acaecimiento de la causa de disolución por pérdidas agravadas

En la medida en que esta responsabilidad nace *ex lege* para los administradores en aquellos supuestos en los éstos no cumplen con los deberes que le son legamente impuestos en situación de acaecimiento de una causa legal o estatutaria de disolución, lo primero a lo que debe atenderse es a lo dispuesto en art. 363 TRLSC, el cual, bajo la rúbrica de *"causas de disolución"*, preceptúa en su apartado primero que la sociedad de capital deberá disolverse:

a) *"Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social"*, añadiendo además que se entenderá que se ha producido este cese cuando transcurra un periodo de inactividad que supere el año; periodo de inactividad que se fijó con un espectro temporal muy inferior al vigente hasta el 1 de octubre de 2011 de tres años.

b) *"Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto",* esto es, por el agotamiento de la actividad para la que fue creada la sociedad.

c) *"Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social"*, imposibilidad que debe ser manifiesta y no solo temporal o parcial, sino permanente y

[155] El lector podrá encontrar un completo y detallado análisis de los presupuestos de la acción de esta responsabilidad por deudas ex art. 367 TRLSC, atendiendo para ello a lo dispuesto en la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo y a la problemática actual tras la reforma operada por la Ley 16/2022, en FACHAL NOGUER, N., "Problemática actual de la acción de responsabilidad por deudas", *El Derecho – Tribuna*, 18-01-2024, disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://elderecho.com/problematica-actual-de-la-accion-de-responsabilidad-pordeudas#:~:text=367.3%20LSC%20%2C%20despu%C3%A9s%20de%20la,la%20causa%20de%20disoluci%C3%B3n%20societaria», pp. 1 a 22 de la edición digital.

total y que, aun sin ser ajenos a la controversia que existe respecto de la exacta delimitación de esta concreta causa y su, para muchos, inexorable vinculación con la anterior, consideramos que debe ser entendida como la imposibilidad de conseguir el fin social -cuya causa típica del contrato social es la obtención de beneficios con el desarrollo de las actividades recogidas en su objeto social-.

d) *"Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento",* causa que tradicionalmente ha venido siendo entendida por nuestros juzgados y tribunales como aquella que se produce ante la paralización estructural y cualificada que imposibilita el funcionamiento por el bloqueo en la toma de decisiones no siendo factible su normal funcionamiento.

e) *"Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso"*, lo que se conoce como el supuesto de "pérdidas cualificadas" que nos obliga a atender a la normativa contable, siendo éste uno de los supuestos más controvertidos para su acreditación y que, además, se configura con la posibilidad de remoción, donde adquieren protagonismo las aportaciones de los socios para el saneamiento del balance[156] (*v.gr.* los préstamos participativos y las aportaciones a la cuenta 118).

[156] *Vid*., en tal sentido, las opciones de remoción de esta causa de disolución que ofrecen los préstamos participativos y las aportaciones a la cuenta 118. Aun cuando no nos extenderemos en este trabajo en el detallado análisis de la acción de responsabilidad por deudas al exceder tal extremo de su verdadero objeto (recordemos, el eje vertebrador del mismo para por analizar si, verdaderamente, es la acción individual de responsabilidad de administradores una potencial herramienta de protección del acreedor de una sociedad de capital en situación de concurso de acreedores), para aquellos lectores que estén interesados en profundizar en el impacto que tienen las aportaciones de los socios para el saneamiento del balance y su efecto sobre la responsabilidad por deudas -esto es, el impacto que presentan a tal

f) *"Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley",* causa vinculada al principio de capital mínimo.

g) *"Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años",* tal y como se contempla en el art. 100 TRLSC.

h) *"Por cualquier otra causa establecida en los estatutos",* cajón de sastre, si se nos permite la expresión, para aglutinar aquellos supuestos especialmente contemplados por la voluntad social establecida en sus estatutos y, por ende, supeditada en su determinación al respeto en todo caso a las leyes y a los principios configuradores del tipo social *ex* art. 28 TRLSC.

Causas de disolución que, respecto de la sociedad comanditaria por acciones, se ven adicionadas en el apartado segundo del citado artículo respecto de aquellos supuestos de *"fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social".*

efecto los préstamos participativos y las aportaciones a la cuenta 118- se recomienda la lectura de FACHAL NOGUER, N., «Los préstamos participativos y las aportaciones a la cuenta 118, tratamiento y rescisión concursal», en *AA.VV. La anticipación de la insolvencia: soluciones conservativas y reestructuraciones: XI Jornadas Concursales Vitoria-Gazteiz, 12,13,14 abril 2023* (AUT. BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., FACHAL NOGUER, N., FORTEA GORBE, J.L., FUENTES DEVESA, R., GUILLAMÓN RUIZ, M., MARTÍNEZ DE MARIGORTA, C., MUÑOZ PAREDES, A., NIETO DELGADO, C.), ISBN 978-84-1163-888-3, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 61-93.

Pues bien, siendo éste el elenco de causas de disolución establecidas por nuestro legislador en el referido art. 363 TRLSC, conviene llamar especialmente la atención sobre la importancia que presenta la acreditación y correcta datación temporal del supuesto previsto en su apartado e), esto es, el supuesto de pérdidas cualificadas.

Ello es así porque, pese a que, inicialmente, la antigua regulación de esta acción hacía responder al administrador de todas las deudas de la sociedad, tras la Ley 19/2005, de 14 de nombre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, este régimen sufrió una importante reforma por cuanto supuso la limitación de la responsabilidad de los administradores por esta acción a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, motivo por el cual, tras esta reforma, resulta de vital importancia la correcta datación no solo del nacimiento de la obligación social sino también, y muy especialmente, del acaecimiento de la propia causa de disolución, cuya principal controversia forense encontramos en este supuesto de pérdidas cualificadas[157].

(ii) El incumplimiento del administrador de los deberes legalmente impuestos ante la causa de disolución y de insolvencia

Teniendo claras ya cuáles son las causas de disolución que ponen en marcha las obligaciones que legalmente le son impuestas a los administradores, conviene

[157] Por lo que respecta a los criterios contables que deben ser tenidos en cuenta para la eventual determinación de la existencia de las pérdidas agravadas que legalmente se establen como causa de disolución societaria puede verse FACHAL NOGUER, N., «Las pérdidas agravadas como causa de disolución societaria y los criterios contables para determinar su concurrencia», en *AA.VV. Deberes de los administradores de las sociedades de capital (Coord. por VUÑUELAS SANZ, M. y Dir. por COHEN BENCHETRIT, A. y MUÑOZ PAREDES, A.),* ISBN 978-84-1125-875-3, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 819-851.

destacar ahora cuáles son los deberes que a tal efecto le son impuestos al administrador en los vigentes artículos 365 y 366 TRLSC.

De esta forma, el primero de estos deberes lo entramos en el referido artículo 365 TRLSC el cual, bajo la rúbrica de "*Deber de convocatoria"*, determina que cuando exista causa legal o estatutaria, los administradores estarán obligados a convocar junta general en el plazo de dos meses para que ésta: bien adopte el acuerdo de disolución[158] (acuerdo, que, *ex* art. 364 TRLSC, requiere adopción con la mayoría ordinaria establecida en el art. 198[159] para las sociedades de responsabilidad limitada y, en el caso de las sociedades anónimas, con el quórum de constitución y las mayorías establecidas en los arts. 193[160] y 201[161], todos ellos del citado texto legal[162]),

[158] Ello además debiendo tenerse presente en el último inciso del art. 365 TRLSC, el cual otorga la facultad a cualquier socio de solicitar de los administradores la convocatoria de esta junta general si, a su juicio, concurre causa de disolución.

[159] Art. 198 TRLSC. Mayoría ordinaria *"En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco".*

[160] Artículo 193 TRLSC. Constitución de la junta de la sociedad anónima. *"1. En las sociedades anónimas la junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior. 2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria".*

[161] Artículo 201 TRLSC. Mayorías. *"1. En las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado. 2. Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. 3. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores".*

[162] Nótese, no obstante, que si bien los arts. 193 y 201 TRLSC prevén la posibilidad de que los estatutos puedan reforzar -esto es, incrementar- el quórum de asistencia y mayorías, tal extremo ha sido rechazado para aquellos supuestos de disolución por imperativo legal, siendo éste el criterio adoptado, entre otras, en la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Amade, SRL, frente a la negativa de la registradora mercantil de A Coruña a inscribir determinados extremos de los nuevos estatutos de la sociedad adoptados con ocasión de su transformación en sociedad de responsabilidad limitada.

bien, en su caso, los acuerdos que resulten necesarios para la remoción de la causa si éstos constaren en el orden del día.

No obstante lo anterior, en el apartado tercero del precitado artículo se recoge expresamente que el administrador no se verá obligado a convocar esta junta general en aquellos supuestos en los que hubiesen solicitado *"en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos",* si bien debe tenerse presente que, en cuanto dejen de estar vigentes los efectos de esta comunicación, esta obligación se reactiva.

A este respecto, conviene significar que esta reactivación ha sido objeto de una recientísima reforma legal operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que impulsa los medios alternativos de resolución de controversias, y es que si bien con carácter previo a esta reforma la reactivación de este deber era inmediata tras el cese los efectos de la comunicación, preceptuando al efecto literalmente que *"la convocatoria procederá de inmediato"*, ahora, por mor de lo dispuesto en la Disposición final decimoséptima de esta Ley Orgánica 1/2025, se fija un expreso límite temporal al determinar la nueva dicción dada al art. 365.3 TRLSC *in fine* que la convocatoria de la junta *"deberá realizarse en el plazo de dos meses desde que dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación."*

En cualquier caso, y con independencia de esta última modificación legal, siendo éste el primero de los deberes que se imponen a los administradores y, teniendo presente que la mera concurrencia de una eventual causa de disolución no resulta suficiente para que ésta se pueda llevar a cabo con la correspondiente apertura del procedimiento de liquidación, en nuestro Ordenamiento Jurídico se prevén expresamente los siguientes escenarios por la combinación de las medidas acordadas en los arts. 366 y 367 del citado texto legal: *(i)* si la junta general no se convoca, no

se celebra, o no se adopta en ella en caso de celebrarse alguno de los acuerdos anteriormente referidos, cualquier interesado podrá instar la resolución acudiendo al procedimiento judicial previsto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ante el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social y *(ii)* en paralelo, se establece el régimen de la responsabilidad por deudas que aquí nos ocupa supeditado al incumplimiento del administrador del segundo de los deberes que a tal efecto se le imponen en el art. 367 TRLSC.

De esta forma, si atendemos a la actual dicción del referido artículo vemos cómo en él se impone este régimen de responsabilidad *ex* lege de deuda ajena en aquellos supuestos en los que los administradores:

1. Incumplan la primera de las obligaciones referidas, esto es, la obligación de convocar la referida junta general en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución (o, en caso de *"administradores nuevos"*, esto es, aquellos que fueron nombrados existiendo ya la causa de disolución, a contar desde su aceptación del cargo).

2. O no soliciten la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta general si ésta no se constituye, o desde el día de su celebración cuando el acuerdo adoptado en ella fuese contrario a la disolución.

Responsabilidad solidaria que *ex lege* se impone a los administradores respecto de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de *"administradores nuevos"*, de las obligaciones de la sociedad que administran posteriores a la aceptación de su nombramiento.

Nótese, a este respecto, que este recién reformado precepto continúa guardando silencio respecto de lo que sucede una vez se produce el cese del administrador, esto es, si debe o

no responder el administrador cesado que no cumplió diligentemente con estos deberes legalmente impuestos, respecto de las obligaciones posteriores al cese.

Siendo esta una cuestión que, sin duda, ha resultado especialmente controvertida con defensores y detractores de las dos posibles posturas que ofrece la respuesta a este interrogante consideramos que, a la vista de los mayoritarios pronunciamientos jurisprudenciales dictados al efecto y, sobre la base de que, una vez cesado, ya no podrá dar cumplimiento si quiera tardío a las mismas[163], puede concluirse que, como regla general, esta responsabilidad del administrador *ex* art. 367 TRLSC no se extiende a aquellas obligaciones originadas con posterioridad a su cese; criterio éste que aparece recogido, entre otras, en la Sentencia núm. 585/2013, de 14 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)[164].

---

[163] Lo que, aun cuando no sanaría totalmente su responsabilidad, sí que la limitaría a las obligaciones previas al cumplimiento tardío de su obligación evitando su responsabilidad respecto de las siguientes (*Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 173/2011, de 17 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2011\2880) (ECLI:ES:TS:2011:1851) y la Sentencia núm. 697/2016, de 30 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosa María Andrés Cuenca) (JUR\2016\215144) (ECLI: ES:APV:2016:2783).

[164] Resulta clarificadora a este respecto la referida Sentencia núm. 585/2013, de 14 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2013\6948) (ECLI: ES:TS:2013:4932): "*La acción ejercitada de responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima prevista en el art. 265.5 TRLSA , que se corresponde en la actualidad con el art. 367 LSC, requiere que los administradores hayan incumplido el deber de promover la disolución, existiendo una de las causas legales que así lo exige. (...) Pero en cualquier caso, tanto antes como después de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, esta responsabilidad no alcanza a las obligaciones sociales posteriores al cese de los administradores. Los administradores sociales, aunque hubieran incumplido el deber de promover la disolución, una vez cesados de su cargo, no responden de las deudas que pudiera contraer la sociedad con posterioridad a su cese, sino tan sólo de las deudas que existían mientras eran administradores (tras la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, esta responsabilidad se limita, además, a las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución)".* Asimismo, se recomienda el completo análisis de esta cuestión llevado a cabo por HIDALGO ROMERO, R., "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales ex art. 367 de la Ley de Sociedades de capital a la luz de la última Jurisprudencia (Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 560/2013, de 7 de octubre; núm. 585/2013, de 14 de octubre; núm. 590/2013, de 15 de octubre; núm. 732/2013, de 19 de noviembre; núm. 731/2013, de 2 de diciembre; y núm. 736/2013, de 3 de diciembre)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Nº. 11 (marzo 2014), 2014, pp. 115-125.

Ahora bien, si bien este criterio general puede considerase a día de hoy asumido pacíficamente por nuestros juzgados y tribunales, debe señalarse que presenta excepciones o, al menos matices, que obligan a tener en cuenta si el cese del administrador fue inscrito o no en el Registro Mercantil.

En nuestra opinión, aun cuando esta inscripción no tiene carácter constitutivo y, además, bajo la misma *ratio decidendi* que la anteriormente expuesta, una vez cesado el administrador ya no podrá cumplir si quiera de forma tardía o extemporánea con estas obligaciones legalmente establecidas, hay que tener en cuenta que esta protección podría vencer frente a terceros de buena fe por aplicación del principio de confianza, tal y como así además ha sido determinado en diversas resoluciones judiciales dictadas por nuestros juzgados y tribunales[165].

[165] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 358/2022, de 12 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) (Ponente: Fernando Sanz Talayero) (JUR\2023\368593) (ECLI: ES:APSE:2022:3212): *"Pues bien, esta falta de inscripción determina que no pueda oponerse a terceros esta circunstancia para liberarse el demandado de la responsabilidad solidaria que se le exige por las deudas sociales. Si fuese cierto que fue cesado en la Junta de abril de 2014 como administrador de la Compañía, no se inscribió su cese, ni se preocupó en ningún momento de que se realizase la inscripción en el Registro Mercantil, habiendo transcurrido más de cinco años hasta que se expidió la última nota simple del Registro Mercantil. En consecuencia, el cese en el cargo de administrador no puede ser opuesto a terceros de buena fe, conforme a lo dispuesto en los artículos 21.1 y 22.2 del Código de Comercio y en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, pues los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. La inscripción registral del cese del administrador es obligatoria (art. 22.2 C. de Com.), distinguiendo al respecto la doctrina un aspecto interno, respecto a los socios y administradores, en que la validez y eficacia del cese comienza el día en que este se produce, y un aspecto externo, cuya eficacia queda sujeta al momento de la inscripción en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME. En el presente caso tampoco se ha acreditado que la mercantil actora tuviera conocimiento del cese del demandado como administrador de la sociedad deudora, por lo que no puede resultar perjudicada por un acuerdo social que no se ha inscrito en el Registro Mercantil, no pudiendo oponer el demandado su cese a un acreedor que tiene la condición de tercero de buena fe. Y ello aunque la obligación de la inscripción sea del que asume las funciones de nuevo administrador de la sociedad, pues al cesante también le incumbe un deber de diligencia y debió ocuparse de comprobar que el administrador inscribió su cese y, en caso de no hacerlo, debió requerirle para que promoviese la inscripción. Pero no consta que el algún momento el demandado se ocupase de instarlo o de verificar que la inscripción se había realizado, consintiendo que se mantuviese en el Registro Mercantil durante muchos años una situación jurídica que le hacía responsable frente a terceros como administrador de la compañía. Dada, pues, la falta de inscripción del cese en el Registro Mercantil del cargo de administrador, no puede quedar el demandado exento de responsabilidad frente a terceros de buena fe, sobre todo cuando en ningún momento se ha ocupado de realizar gestión alguna ante el administrador para que procediera a inscribir su cese".*

Asimismo, y por lo que respecta a la configuración del alcance de este régimen de responsabilidad en aquellos supuestos en los que posteriormente se produce la remoción de la causa de disolución, el administrador deberá ser plenamente conocedor de que ésta no le exime de la responsabilidad por las deudas sociales surgidas antes de la remoción de la causa y mientras él era administrador -y ello además resultando irrelevante si el acreedor social insta o no la acción de responsabilidad durante el tiempo en que la sociedad deudora estaba incursa en causa de disolución, siempre y cuando la acción sea ejercitada antes de que opere una eventual prescripción de la acción-[166].

En cualquier caso, una vez expuestos los principales criterios jurisprudenciales que deben ser tenidos en cuenta ante los mantenidos silencios del legislador, continuaremos analizando la literalidad de su regulación a fin de culminar con el análisis que nos ocupa.

Así pues nos encontramos con que, en lógica coherencia con las propias excepciones previstas en el citado art. 365.3 TRLSC, se exceptúa de dicha responsabilidad a los administradores si, en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución -o desde la aceptación del cargo para los "administradores nuevos"-, hubiesen comunicado al juzgado de lo mercantil competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubiesen instado la declaración de concurso de la sociedad; ahora bien, si el plan de reestructuración no se alcanzase, se reactivaría este segundo deber de los administradores y se reanudaría el plazo de dos meses desde que la comunicación del inicio de negociaciones dejase de producir los efectos legalmente previstos[167].

---

[166] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 777/2022, de 16 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2022\5321) (ECLI: ES:TS:2022:4233).

[167] Sin perjuicio de que estos son los concretos deberes cuyo incumplimiento, con la actual normativa vigente, son susceptibles de generar esta responsabilidad del art. 367 TRLSC, conviene apuntar que el régimen que al efecto se prevé en el Anteproyecto de Código Mercantil dista de la regulación actual, ya que si entendemos a lo dispuesto en lo que se ha diseñado como art. 272-12 (ello no obstante supeditado a la configuración legal que, finalmente, pueda presentar, al no haber culminado su tramitación pese haber dado comienzo en el año 2014), la *"responsabilidad solidaria de los administradores por*

b) Principales cambios introducidos por la reforma operada por la Disposición final séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Este régimen de responsabilidad solidaria por deudas *ex* art. 367 TRLSC ha sido reciente reformado por la Disposición Final Séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre; reforma por la que se introdujeron, entre otras, dos importantes novedades que han sido en todo caso ya apuntadas *ut supra* con motivo del análisis de los deberes exigidos al administrador en caso de acaecimiento de causa de disolución[168]: (1) la regulación en su nuevo apartado tercero de la suspensión del deber de convocar la junta general ante el acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución cuando se solicite en tiempo y forma oportunos bien la declaración de concurso, bien la apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración de la deuda, ello de la mano de la reforma en la misma línea operada en el art. 365 TRLSC, con la correlativa suspensión de la responsabilidad durante dicho periodo[169] y (2) la aclaración o matización que debe tenerse en cuenta respecto de los administradores que aceptan el cargo encontrándose ya la sociedad en casusa de disolución, los "nuevos administradores", encontrándonos

infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas" se asocia a mayores deberes: *"a) Cuando no hubieran formulado dentro de plazo las cuentas del ejercicio social anterior. b) Cuando no hubieran convocado la junta de socios en el plazo legalmente establecido incluyendo en el orden del día las propuestas a que se refiere el artículo anterior. c) Cuando, debiendo hacerlo, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad"*, si bien se prevé en su apartado tercero que *"el cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad"*. En cualquier caso, insistimos, deberemos esperar a conocer, en su caso, cuál será la definitiva configuración legal que se le dé a este supuesto.

[168] Adicionalmente *ut infra* referiremos con mayor detenimiento los cambios operados por esta reforma en la presunción del art. 367.2 TRLSC.

[169] Respecto de la incidencia de la actuación concursal y preconcursal de los administradores societarios en su deber de disolver la sociedad se recomienda la atenta lectura de MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La disolución de la sociedad de capital en crisis tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Nº 330, 2023, pp. 1-23 de la edición digital, pp. 5-7.

en todo caso ante una suerte de positivización del previo criterio jurisprudencial que mayoritariamente existía[170].

1. Los efectos de la solicitud, en tiempo y forma, bien de la declaración de concurso, bien de la apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración de la deuda.

   En lo que a la primera de estas reformas se refiere debemos comenzar recordando la dicción dada al nuevo apartado tercero del art. 365 TRSC, en virtud de la cual se indica que "*los administradores no estarán obligados a convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hubieran solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos"*; al igual que, por su parte, *ex* arts. 613 y 690.8 TRLC, la normativa concursal determina que mientras que estén en vigor los efectos de esta comunicación, queda en suspenso el deber de acordar la disolución en los supuestos de pérdidas cualificadas.

   Previsión que culmina con un último inciso al precisar a continuación, como ya ha sido anticipado, que *"la convocatoria de la junta procederá de inmediato en tanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación"*.

   Extremos estos que, además, deben ponerse en consonancia con el igualmente nuevo apartado tercero del art. 367 TRLC, el cual determina que, aun cuando se constatase el previo acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad quedarán protegidos frente a esta responsabilidad

[170] El lector podrá encontrar un completo análisis de la reforma del art. 367 TRLSC operada por la Ley 16/2022 en MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores», Análisis/octubre 2022, Gómez-Acebo & Pombo, disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/ Reforma_regimen_legal_disolucion.pdf»., pp. 1-7 de la edición digital.

y, por ende, no serán responsables de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, "*si en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación el nombramiento, hubieran comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad"*. Ahora bien, *"si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos"*.

Con esta reforma nuestro legislador español ha optado por proclamar la exoneración de la responsabilidad del art. 367 TRLSC en aquellos supuestos en los que el administrador efectivamente insta la declaración de concurso concurriendo previamente la causa de disolución, si bien ello debe limitarse única y exclusivamente a aquellos supuestos en los que ello lo lleve a cabo en el plazo de dos meses en atención a dos distintos hitos fijados en él -esto es, en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de *"nuevos administradores"*, desde la acepción del cargo-, sin que pueda considerarse que la presentación tardía sana esta responsabilidad, la cual quedará latente y podrá ser reactivada tras la conclusión del concurso si se dan los presupuestos legalmente exigidos al efecto[171].

En cualquier caso, debe advertirse de nuevo, de manera análoga a lo ya apuntado respecto de las moratorias concursales y societarias, que aun cuando los administradores puedan acogerse a la suspensión de sus obligaciones en estos

[171] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 193/2023, de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. D. Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2023\262988) (ECLI: ES:APB:2023:3975), en la que el tribunal considera que la solicitud de concurso no libera al administrador social de la responsabilidad por deudas sociales ex art. 367 TRLSC en aquellos supuestos en los que éste incumplió con carácter previo el deber de convocatoria del art. 365 del citado texto legal.

supuestos ello no obsta a que, en todo caso, permanezca incólume su obligación de desempeñar sus funciones con la diligencia debida del art. 225 TRLSC, por lo que durante el plazo que puedan durar las negociaciones éstos sí se podrían encontrar legitimados -y, de hecho, en nuestra humilde opinión, también obligados si así lo exige el estándar de diligencia debida- para convocar la junta.

La novedad de esta reforma, junto con los tiempos inherentes al ejercicio de las acciones judiciales, hacen que a día de hoy no nos encontramos con claras resoluciones judiciales que hayan abarcado ya esta cuestión. No obstante, hemos considerado oportuno dejar al menos apuntada esta reflexión a la espera de poder conocer, próximamente, cuál será el criterio que finalmente adopten nuestros juzgados y tribunales al respecto.

2. Y, por otro lado, por lo que respecta a la segunda de ellas, cabe destacar que nos encontramos con la positivización del criterio jurisprudencial que ya existía respecto de la responsabilidad de *"los nuevos administradores"* por la no promoción de la disolución.

   De esta forma, como ya ha sido expuesto *ut supra*, la nueva dicción dada al inciso primero del art. 367 TRLSC incluye expresamente la aclaración de las particularidades de este régimen que se aplican a los administradores cuyo nombramiento resulta posterior al acaecimiento de la causa de disolución, recogiéndose así expresamente que este plazo para ellos empezará a computar desde de la aceptación del cargo.

   Tal criterio, en todo caso, ya era el que seguían con carácter previo a la reforma nuestros juzgados y tribunales, tal y como aparece claramente establecido, entre

otras, en la Sentencia núm. 601/2019, de 8 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)[172].

Esta positivización ha zanjado el debate doctrinal que existía al respecto por cuanto tal excepción no encontraba amparo en la literalidad del precepto, al menos en cuanto a este extremo, sin perjuicio de que ello no afecta a la crítica que con carácter previo se venía realizando a la oportunidad o no de adoptar esta opción[173].

En todo caso, en consonancia con este particular o específico régimen, con motivo de esta reforma se introdujo también la correlativa matización de la presunción del art. 367.2 TRLC, a la que haremos referencia a continuación, a fin de fijar igualmente como *dies a quo* de su aplicación para estos *"nuevos administradores"* el de la aceptación del nombramiento por el administrador.

[172] Sentencia núm. 601/2019, de 8 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2019\4592) (ECLI: ES:TS:2019:3526): *"En el art. 367 LSC la responsabilidad del administrador se anuda al incumplimiento del deber de promover la disolución. El reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del art. 367 LSC se funda en el incumplimiento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incursa en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago. Esta razón que llevó al legislador a ceñir el alcance de la responsabilidad a las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución, nos debe llevar a concluir que en caso de cambio de administrador, desde que asume la administración, para él nace un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución, cuyo incumplimiento le hará responsable solidario de las deudas sociales posteriores al momento en que asumió la administración de la sociedad. Esto es, su responsabilidad alcanza a todas las deudas sociales surgidas mientras él era administrador y estando la sociedad en causa de disolución, pero no a las anteriores a su nombramiento ni a las posteriores a su cese".*

[173] Un completo análisis de esta cuestión puede encontrase RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D. y HUERTA VIESCCA, M.I., "La responsabilidad por deudas de los nuevos administradores sociales de la sociedad de capital en causa legal de disolución", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9556, 2020, pp. 1 y ss. de la edición digital.

1.4.2 La presunción del art. 367.2 TRLSC

Dado que en nuestro Ordenamiento Jurídico, tras la reformada dada al antiguo art. 262.5 TRLSA la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, los administradores ya no deben pechar por la vía de esta acción societaria con un régimen que englobe su responsabilidad solidaria, en general y sin matices, *"de las obligaciones sociales"*, sino única y exclusivamente *"las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución"* (limitación ésta que se ha mantenido hasta nuestro actual 367 TRLSC) -ello, claro está, supeditado al cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el citado artículo-, traslada por aplicación de la normativa procesal una importante carga de la prueba a la parte actora (el acreedor social) por cuanto ello le obligaría en el eventual procedimiento judicial interpuesto frente al administrador social *ex* art. 367 TRLSC a identificar y datar dos momentos de vital importancia: (1) el nacimiento de su obligación y (2) el acaecimiento de la causal de disolución, a fin de poder exigir esta responsabilidad solidaria *ex lege* de su deuda limitada a aquellos supuestos en los hubiese nacido con posterioridad a la causa de disolución[174].

Ahora bien, como ya habrá podido advertir el lector, la dificultad probatoria a la que se tendría que enfrentar el acreedor social resulta alta, por lo que el legislador español, aun siendo consciente de que ésta podría verse suavizada por aplicación del principio de facilidad probatoria consagrado en el art. 217.7 LEC, ha optado por introducir una presunción legal que actualmente se encuentra regulada en el segundo apartado de art. 367 TRLSC; apartado que, asimismo, también ha sido recientemente reformado.

[174] Se recomienda la atenta lectura a este respecto de FACHAL NOGUER, N., «En supuestos de crisis disolutoria de la sociedad, ¿es relevante la fecha de la insolvencia en la fijación del *dies a quo* del plazo de dos meses que se concede al órgano de administración para la convocatoria de la Junta General?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm.13, 2022.

Como acaba de ser advertido, el régimen de responsabilidad solidaria por deudas *ex* art. 367 TRLSC que nos ocupa fue recientemente reformado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, también en lo que respecta a esta presunción, habiendo sido así modificado el citado artículo no solo en los principales extremos que han sido analizados *ut supra* en el previo apartado sino también en lo que respecta a la literal configuración que actualmente se le da a la presunción contenida en su apartado segundo.

A tal efecto, consideramos oportuno proceder a continuación a la confrontación de la redacción previa y posterior a la reforma para poder alcanzar una mayor claridad expositiva.

Así, preceptuaba el art. 367.2 TRLC con carácter previo a esta reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que: *"En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior"*.

Mientras que, tras ella, actualmente preceptúa que: *"Salvo prueba en contrario, las obligaciones sociales cuyo cumplimiento sea reclamado judicialmente por acreedores legítimos se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución o a la aceptación del nombramiento por el administrador"*.

Nos encontramos, por tanto, ante una presunción *iuris tantum* que provoca el efecto de trasladar la carga de la prueba al administrador demandado, habiendo distribuido así en estos supuestos el legislador la carga de la prueba haciendo recaer la obligación de desvirtuar esta presunción sobre el demandado (administrador). Ahora bien, aun cuando ninguna controversia existe respecto de la existencia de esta presunción, sí que tradicionalmente ha existido *[y, a nuestro juicio, ya adelantamos que puede considerarse que existe todavía a día de hoy pese a la reforma operada en ella]* en lo que al alcance de la misma se refiere como analizaremos a continuación.

Pues bien, en cualquier caso, ante estos sutiles cambios en la redacción, caben ser destacados dos extremos:

1. Si, con la nueva redacción, se pondrá fin -o no- a la dualidad de tesis interpretativa existente respecto del alcance de esta presunción.

   En tal sentido significamos que, con su anterior redacción existían dos tesis diferencias respecto del alcance o, al menos, concreción, de qué es lo que abarca exactamente esta presunción.

   Así, en las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales se venían distinguiendo las siguientes posturas:

   (i) Aquellos que venían defendiendo que debe prevalecer la tesis restrictiva, que considera que esta presunción no afecta a la fecha en que debe entenderse nacida la deuda social, por considerar, entre otros extremos, que el espíritu de la ley al establecer esta presunción trae causa en la dificultad probatoria del acreedor social para poder datar la fecha la causa de disolución de la sociedad para lo que en muchas ocasiones deberá acudirse a datos internos de la propia sociedad -piénsese, entre otros, en aquellos supuestos en los que no están depositadas las cuentas anuales, supuesto lamentablemente frecuente en sociedades que presentan dificultades financieras, privando en la práctica a los acreedores del conocimiento de si concurre o no causa de disolución por pérdidas agravadas[175]-.

[175] Nótese, no obstante, que estos frecuentes supuestos en los que los acreedores que pretender exigir responsabilidad al administrador ex art. 367 TRLSC se encuentran ante la falta de depósito de las cuentas anuales, han sido objeto de profuso estudio por nuestros juzgados y tribunales y, de la atenta lectura de los numerosos pronunciamientos judiciales que se han dictado cabe concluir que, aun cuando el incumplimiento de formulación y depósito de cuentas anuales no constituye per se un motivo justificado para el éxito de esta acción por considerar concurrente la causa de disolución del art. 363.1e) TRLSC, sí que puede considerase como un indicio de su existencia. En particular, nuestro más Alto Tribunal considera que este incumplimiento de la obligación legalmente establecida de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, aun no puede predicarse un absoluto automatismo como

Los defensores de esta tesis mantienen que, como regla general, una vez acreditado por el acreedor social que su deuda se generó en el ejercicio social en el que se produjo la causa de disolución, entrará en juego esta presunción y el administrador será quien deberá acreditar, en su caso, que la fecha exacta en la que se produjo la causa de disolución le exime de esta responsabilidad[176].

(ii) En contraposición de lo anterior nos encontramos con quienes venían defendiendo una tesis más amplia que pretende acogerse a la literalidad del precepto para matizar la tesis restrictiva al objeto de incluir dentro del ámbito de esta presunción la propia datación de la deuda social.

Los defensores de esta segunda tesis abogan por que, acreditada la causa de disolución, también se presumirá que el nacimiento de la deuda social es posterior a ella, por lo que para enervar los efectos de la aplicación de esta presunción se deberá acreditar también la fecha de la deuda social.

Con la nueva dicción de esta presunción parece que ahora se especifica con mayor claridad que la presunción está configurada para que alcance a la obligación social y no al acaecimiento de la causa legal de disolución al momento del nacimiento de aquella, lo que iría en contra de la postura mayoritariamente seguida por la

prueba suficiente de la causa de disolución, sí que es un *"hecho periférico"* a modo de indicio de su existencia que hace que, en la práctica, se considere suficiente para que deba aplicarse la inversión de la carga de la prueba debiendo ser el administrador el que deba acreditar la ausencia de la concurrencia de la causa de liquidación. *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 202/2020, de 28 de mayo, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Juan María Díaz Fraile) (RJ\2020\1520) (ECLI: ES:TS:2020:1453). Asimismo, nos encontramos con interesantes sentencias en las que, por aplicación del juego de dos presunciones (por la falta de depósito de cuentas y por esta presunción legal determinante de que la deuda social es posterior a la causa de disolución), finalmente el administrador societario termina siendo condenado -*Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 308/2023, de 31 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilma. María Teresa Vázquez Pizarro) (JUR\2023\238462) (ECLI: ES:APM:2023:5926)-.

[176] Exponente de este criterio lo encontramos, entre otras, en la Sentencia núm. 212/2020, de 29 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\1344) (ECLI: ES:TS:2020:1454).

jurisprudencia de nuestros tribunales, debiendo esperar a ver si esta nueva redacción afecta, o no, al criterio jurisprudencial.

Adviértase, no obstante que, aun cuando todavía existen a día de hoy defensores y detractores de cada una de estas tesis, en fechas recientes encontramos resoluciones judiciales que pretender aunar ambas interpretaciones alegando al efecto que, a su entender, esta presunción legal no hace referencia a ninguno de los extremos aislados sino a la relación temporal que existiría entre uno y otro de tal forma que, acreditada la datación de uno, se presumirá la del otro salvo prueba en contrario[177]; siendo esta la postura que, a nuestro humilde entender, se muestra más acorde con el espíritu de la ley.

2. Aun cuando es pronto todavía para conocer el verdadero impacto que, en su caso, podría tener, la introducción de la nueva referencia a *"acreedores legítimos"*, consideramos que ésta al menos deberá hacernos reflexionar sobre ella.

[177] Ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia núm. 12/2024, de 27 marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR 2024\12505) (ECLI: ECLI:ES:JMS:2024:6): *"23. La norma del artículo 367.2 LC (RCL 2003, 1748) establece una presunción que literalmente se refiere al nacimiento de la obligación social: "[s]alvo prueba en contrario, las obligaciones sociales cuyo cumplimiento sea reclamado judicialmente por acreedores legítimos se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución o a la aceptación del nombramiento por el administrador". Su interpretación ha generado dos tesis en la doctrina sobre el alcance la presunción: (i) no abarca la fecha de fijación del momento de surgimiento de la obligación social, sino solo la fecha de la causa de disolución (ii) comprende también la datación de la deuda. 24. La tesis que sostenemos es que la presunción no se refiere a ninguno de los dos objetos de modo aislado, sino a la relación temporal entre uno y otro. Es decir, la actora deberá probar la causa de disolución, en su caso sirviéndose la inversión de la carga probatoria relacionada con la inactividad del demando y su facilidad probatoria. Además, debe probar que existe una deuda, al ser el objeto de su pretensión, y esta prueba de la deuda que reclama implicará la de los elementos necesarios para determinar cuándo nació la obligación. Lo que la presunción resuelve son los supuestos en los cuales la deuda afecta al concreto momento de afloramiento de la causa de disolución, y en particular si fue posterior o anterior al nacimiento de la obligación. Pero lo que no cabe es permitir que la parte actora sustraiga del procedimiento todos los datos relativos al concreto crédito reclamado y pretenda beneficiarse de la presunción indicada".*

> Así pues, como apunta FACHAL NOGUER, N. (2024)[178], lo primero que deberá aclarase por la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales es qué se entiende por *"acreedores legítimos",* esto es, si debe considerarse que éstos solo incluyen a acreedores que previamente hubiesen obtenido un pronunciamiento judicial que reconociese su crédito frente a la sociedad condenando a ésta a su pago, si tan solo hace referencia a titulares de un crédito documentado en un contrato o en un título que lo justifique y si, en su caso, aquellos que no puedan tener un título incontrovertido respecto de la deuda que afirman mantener con la sociedad necesitan acumular judicialmente esta acción de responsabilidad por deudas frente al administrador *ex* art. 367 TRLSC con la reclamación judicial frente a la sociedad a fin de que, como presupuesto previo a eventual condena al administrador, obtengan la declaración judicial de reconocimiento de su crédito en aquellos supuestos en los que los acreedores pretendan acogerse a esta presunción legal.

Dada la novedad de la reforma y el escaso tiempo transcurrido desde su entrada en vigor debemos esperar a que nuestros juzgados y tribunales tengan ocasión de someter a su enjuiciamiento controversias que les obliguen a fijar una doctrina jurisprudencial al respecto -doctrina que, además, en última instancia tendrá que ser fijada por nuestro más Alto Tribunal de no alcanzarse un criterio pacífico en los tribunales menores-, encontrándonos tan solo a día hoy con resoluciones judiciales que si quiera apuntan mínimamente a cuáles podrían ser las interpretaciones que finalmente se adopten a la nueva redacción legal de esta presunción[179].

---

[178] FACHAL NOGUER, N., "Problemática actual de la acción de responsabilidad por deudas", *cit.,* pp. 6-7 de la edición digital.

[179] *Vid.* Sentencia núm. /2021/*[sic]*/2022, de 15 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguer) (JUR\2022\224829) (ECLI: ES:JMC:2022:5201): *"La lectura de esta disposición nos suscita diversas dudas. En primer lugar, qué debemos entender por " acreedores legítimos", pues esta expresión podría estar referida únicamente a los acreedores que hubiesen obtenido un pronunciamiento judicial de reconocimiento de la existencia de su derecho de crédito y condena al pago a la sociedad demandada. Más bien parece que se está haciendo alusión a los titulares de un crédito cuya fuente sea el contrato y que, por lo tanto, estén reclamando una deuda impagada por la sociedad con origen en un negocio jurídico formalizado con ésta. En la misma categoría de acreedores legítimos parece claro que deberían incluirse los acreedores*

1.4.3 La *"moratoria societaria"* acordada en tiempos de pandemia

Como ya ha sido anticipado, en el marco de la pandemia mundial provocada por el COVID-19 nos encontramos con normativa excepcional, tanto en su propia introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico como en cuanto a su vigencia temporal, dentro de las

---

sociales que gozasen de un título justificativo de la existencia de su derecho de crédito, como sucede, por ejemplo, con los tenedores legítimos de títulos cambiarios. De asumirse esta interpretación, los restantes titulares de un crédito frente a la sociedad no quedarían cubiertos por la inversión de la carga de la prueba a que da lugar la presunción del art. 367.2 LSC, en la versión proyectada. En segundo lugar, parece que, con la reformulación del artículo 367.2 LSC, decaerá la interpretación correctora mantenida por la jurisprudencia en relación a esta presunción legal, ya que queda meridianamente claro que la presunción está referida a la obligación social y no, como hasta ahora se ha aceptado, a la concurrencia de la causa legal de disolución en el momento de nacimiento del crédito -cfr. STS nº 212/2020, de 29 de mayo, [RJ 2020, 1344], y STS nº 652/2021, de 29 de septiembre, [RJ\2021\4370]-. Por último, comprobamos que el inciso final del artículo 367.2 LSC incorpora el criterio expresado por la Sala Primera para los supuestos de sucesión en el cargo de administradores sociales (v. supra). (...) En este caso, la dificultad radica en situar en el tiempo la secuencia causa de disolución/deuda social, por lo que está justificado acudir a la presunción legal del art. 367.2 LSC. En la doctrina, BELTRÁN ("La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 343) calificaba de "pintoresca" la previsión legal de que " las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior". Así describía este autor las limitaciones que observaba en la disposición reproducida: " Parece evidente que con esa presunción pretende hacerse frente al delicado problema de la determinación de la fecha de acaecimiento de la causa de disolución, que marca las obligaciones sociales de las que responden los administradores, y a ello a pesar de que la presunción no recae sobre la concurrencia de la causa de disolución, sino sobre la fecha de nacimiento de la obligación social, lo que la haría literalmente inoperante: si la Ley no presume que la causa de disolución concurre en la fecha del crédito que se reclama, sino que presume que el crédito que se reclama es posterior a la fecha de disolución, el acreedor reclamante no tendría que probar la fecha del crédito -algo que no suele presentar dificultadas-; pero debería acreditar la concurrencia anterior de la causa de disolución, lo que no siempre es fácil, y el incumplimiento de los deberes legales por parte de los administradores demandados. Debe entenderse, pues, que la presunción se traduce, en realidad, en una inversión de la carga de la prueba de la concurrencia o no de la causa de disolución en el momento del nacimiento del crédito". En la interpretación que se ha aceptado por la jurisprudencia, se asume una lectura correctora del art. 367.2 LSC, lo que ha supuesto que la presunción comprenda tanto la causa disolutoria como la deuda social, en una sucesión temporal en la que la primera precedió a la segunda. Así se desprende de las SSTS nº 212/2020, de 29 de mayo, [RJ 2020, 1344], y nº 652/2021, de 29 de septiembre, [RJ\2021\4370], ya citadas, en las que el recurso a esta presunción legal permite estimar la acción de responsabilidad por deudas, asumiendo que lo que se presume es que la causa de disolución precedió en el tiempo al nacimiento de la obligación social incumplida, lo que, se dice, " concuerda plenamente con la previsión del art. 367.2 LSC ". Ha de concluirse, en aplicación del artículo 367.2 LSC, que la obligación social reclamada en la demanda -documentada en los dos pagarés que fueron impagados a la fecha de su vencimiento- es de fecha posterior a la aceptación del nombramiento por la administradora social demandada y que, en esa fecha, ya concurría la causa de disolución por pérdidas agravadas. En consecuencia, se dan los presupuestos legales para la estimación de la acción de responsabilidad…".

cuales se enmarcan dos de ellas con un claro impacto en dos de las obligaciones que recaen sobre los administradores de sociedades de capital: *(i)* por un lado, la *"moratoria concursal"*, en virtud de la cual quedó suspendida la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde la manifestación de la situación de insolvencia actual, moratoria que finalmente y tras sucesivas prórrogas vio su final el 30 de junio de 2022 y, *(ii)* por otro, la *"moratoria contable o societaria",* destinada a evitar que las pérdidas provocadas por esta pandemia resultasen determinantes a los efectos del acaecimiento de la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) TRLSC obligando a muchas empresas a su disolución con un fuerte impacto negativo en el tejido empresarial -y, por ende, también en los puestos de trabajos asociados a ellas- so pena de, en caso contrario, hacer pechar a los administradores con una responsabilidad solidaria de las deudas sociales *ex* art. 367 TRLSC.

Pues, bien centrándonos ahora en esta última de ellas, esto es, en la moratoria societaria, conviene significar que ésta supuso, en un primer momento, la suspensión de la obligación de convocar junta para instar la disolución durante el estado de alarma y, tras ello, en una segunda etapa, la exclusión de las pérdidas acaecidas durante el año 2020 al objeto de determinar si concurría la causa de disolución por pérdidas en ese ejercicio, tratando así de paliar o neutralizar la causa de disolución por *[estas]* pérdidas[180]; configuración ésta que no obstante sufrió posteriores modificaciones para pasar a excluir las pérdidas no solo del ejercicio 2020, sino también del 2021, y ello además hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026.

[180] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 88/2023, de 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín) (JUR\2023\387210) (ECLI: ES:JMM:2023:3198): *"Debe, por ello, afirmarse la presencia de responsabilidad en la administradora social única URBAN PLANET por cuanto a lo largo del ejercicio 2019 conoció, o pudo conocer a través de estados financieros trimestrales intermedios, la situación de pérdidas cualificadas determinante de causa de disolución; sin que la posterior declaración del estado de alarma, la posterior comunicación de negociaciones y la muy posterior declaración concursal, impidan aquella afirmación y responsabilidad. En tal sentido baste la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 3.3.2023 [ROJ: SAP M 4888/2023], analizando una situación de pérdidas cualificadas anterior a la declaración del estado de alarma, excluyendo la aplicación de la normativa excepcional COVID y afirmando la responsabilidad del órgano de administración".*

En concreto, esta medida tuvo su primera acogida en el marco del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, configurada en este momento con carácter de urgencia y que en términos generales suponía, en atención a las previsiones contenidas en su art. 40, la suspensión de la obligación de convocar junta general para instar la disolución en caso de acaecer cualquier causa legal o estatutaria (no solo la relativa a las pérdidas agravadas) hasta la finalización del estado de alarma[181].

En la segunda etapa esta suspensión ya se circunscribió a la causa de disolución por pérdidas agravadas, la cual dio comienzo tan solo unos meses más tarde con lo dispuesto por el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[182], derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en cuyo art. 13 finalmente se contenía esta suspensión de la causa de disposición por pérdidas regulada con carácter general en el art. 363.1.e) TRLSC, determinando así el legislador español que a los solos efectos de su determinación, no debían tomarse en consideración las

[181] En particular, disponían los apartados 11 y 12 del citado art. 40 lo siguiente: *"11. En caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma. 12. Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo".*

[182] Cuyo artículo 18, bajo la rúbrica de *"Suspensión de la causa de disolución por pérdidas"* preceptuaba que *"1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente real decreto-ley".*

pérdidas del ejercicio 2020, de tal manera que, cabía esperar hasta el resultado final del ejercicio de 2021 a fin de analizar si la sociedad se encontraba o no incursa en esta causa de disolución.

En este contexto, dado que los perjudiciales efectos de la pandemia del COVID-19 no se limitaron al ejercicio 2020 sino que se extendieron durante el 2021, tal previsión fue modificada por el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, en concreto por su art. 3.2, en el que se acordó la modificación del anteriormente referido art. 13 al objeto de indicar que, para determinar la concurrencia de la causa de disolución del 363.1.e) TRLSC no deberían tomarse en cuenta no solo las pérdidas del 2020 sino tampoco las del 2021, por lo que con esta modificación tan solo si en el resultado del ejercicio del 2022 se apreciasen pérdidas agravadas, debía convocarse en el plazo de dos meses la junta general.

Ahora bien, en el mes de diciembre de 2022, al enfrentarnos ante nuevos problemas que afectaron gravemente al tejido empresarial, especialmente relacionados por la guerra de Ucrania y los efectos que ésta conllevó tales como, entre otros, el agravamiento de la crisis energética que se estaba viviendo, a escasos días de la finalización de la moratoria societaria nos encontramos con la reforma operada sobre ella por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, fruto de la cual, nuevamente a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) TRLSC, se acordó que no se debían tomar en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se iniciaría en el año 2024; previsión que se veía aclarada o matizada al continuar indicándose que, en aquellos supuestos en los que, excluidas las pérdidas de los años 2020 y 2021, en el resultado del ejercicio 2022, 2023 o 2024 se apreciasen pérdidas que dejasen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, sí que deberá convocarse por los administradores (o

podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio *ex* art. 365 TRLSC), la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad; ello no obstante a no ser que se aumentase o redujese el capital en la medida suficiente.

Pues bien, siendo este el escenario fijado por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, en el que además parecía contenerse una regulación que, atendiendo a su literalidad, estaba prevista para aquellas sociedades cuyo ejercicio social se acompasaba con el año natural (no especificaba así esta regulación qué sucedía con aquellas sociedades cuyo ejercicio no coincide con el año natural, si bien una lógica interpretación parecía llevarnos a la conclusión de que la moratoria se les debía extender a los ejercicios que se iniciasen en esos años), lo cierto es que nuevamente, a tan solo unos días de la finalización prevista, esta moratoria societaria acaba de ser *[nuevamente]* prorrogada hasta el año 2026.

Así, en esta *[suponemos última etapa]* nos encontramos con el reciente Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social; fruto del cual, a pocos días de su finalización, se ha acordado extender nuevamente en el tiempo esta moratoria societaria ligada a las pérdidas agravadas indicando que a estos efectos *"no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026"*.

A tal efecto, si atendemos a la justificación que nos ofrece este Real Decreto-ley 9/2024, vemos cómo se razona la oportunidad de esta prorrogada suspensión de la causa de

disolución por pérdidas provocada por los diversos acontecimientos extraordinarios que han tenido lugar[183].

En concreto se especifica que *"la gravedad de los efectos económicos provocados por determinados acontecimientos naturales de enorme magnitud hace que los mismos puedan llegar a comprometer el mantenimiento del tejido económico y empresarial afectado por los mismos. De esta manera, las pérdidas no debidas al funcionamiento normal de la empresa, sino a dichos acontecimientos, no deben representar un motivo adicional para la destrucción del tejido productivo. Se impone, pues, arbitrar un mecanismo que permita que las pérdidas provocadas puedan ser absorbidas con la continuidad de la empresa en un plazo razonable, permitiendo que ésta pueda sobreponerse y continuar su actividad. Por tanto, procede ampliar la suspensión de la causa de disolución por pérdidas ya acordada previamente respecto del COVID-19, así como arbitrar análoga medida para hacer frente a los efectos económicos generados por la DANA".*

Justificación tras la que, finalmente en su artículo 5, bajo la rúbrica de *"Suspensión de la causa de solución por pérdidas provocadas por diversos acontecimientos naturales",* se indica que a los efectos de determinar la causa de disolución *ex* art. 363.1.e) TRLSC no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026, volviendo a matizarse o aclararse asimismo bajo el mismo esquema conceptual que ya ofrecía el art. 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en su última redacción que, si, excluidas estas pérdidas en el resultado del ejercicio 2022, 2023, 2024, 2025 o 2026 se apreciaran pérdidas agravadas, sí que deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de

[183] En particular, además de los efectos alargados en el tiempo de la COVID-19 y, de la mano del propio Marco Temporal de carácter extraordinario fijado por la Comisión Europea con motivo de las distintas ayudas de estado acordadas para paliarlas, se dibuja un escenario que justifica esta nueva prórroga tras los últimos acontecimientos extraordinarios acaecidos entre los que destacan *(i)* el alargamiento de la propia pandemia, *(ii)* la crisis de suministros, *(iii)* la escalada de los precios de la energía, *(iv)* la crisis inflacionaria, *(v)* el incremento de los tipos de interés, *(vi)* el incremento de salarios y revisión de convenios colectivos y *(vi)* el advenimiento de un escenario geopolítico complejo e incierto.

dos meses a contar desde el cierre del ejercicio, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

De esta forma, atendiendo a la última prórroga recientemente acordada, si partimos del ejemplo de aquellas sociedades de capital cuyo cierre de ejercicio coincide con el año natural (insistimos, respecto del resto entendemos que deberá extenderse su aplicación en los términos que ya han sido apuntados *ut supra*), los administradores que pretendan protegerse de esta responsabilidad *ex lege* y solidaria impuesta por el art. 367 TRLSC, deberán: *(i)* por un lado, al cierre de los ejercicios de 2024 y 2025, analizar si concurre o no causa de disolución excluyendo del cómputo las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 y, si aun así concurre, deberán convocar junta general en el plazo de los meses conforme al régimen general establecido en los arts. 363 a 367 TRLSC y *(ii)*, si previamente no ha concurrido esta causa de disolución, al momento del cierre del ejercicio del 2026 deberá volver a analizar si concurre o no un supuesto de pérdidas agravadas si bien, ahora sí, tomando ya en consideración las pérdidas de los ejercicio 2020 y 2021, actuando en consecuencia conforme a la citada normativa.

Ahora bien, como ya ha venido siendo advertido por los distintos operadores jurídicos en cada una de las prórrogas acordadas, debemos reiterar una vez más que esta moratoria societaria, extendida ahora hasta el ejercicio de 2026, no debe hacer bajar la guardia a los administradores societarios por cuanto, con independencia de la protección -limitada- que esta ofrece respecto de la responsabilidad solidaria *ex* art. 367 TRLSC, la realidad es que la situación de la empresa respecto de dichas pérdidas no debería ser obviada en todos sus ámbitos, ya que en todo caso existirán y deberán ser tenidas en cuenta -al menos a nuestro humilde juicio- por los administradores a la hora de tomar las decisiones que considerasen oportunas en el diligente desempeño de las funciones de su cargo.

Ninguna duda puede albergarse ya a día de hoy respecto de que la actuación de estos administradores sí que podrá ser en todo caso objeto de escrutinio *ex* art. 241 TRLSC al

permanecer inmutable en esta nueva prórroga, al igual que en las anteriores, el régimen de responsabilidad del órgano de administración social sobre la base del deber de diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 TRLSC); y ello con independencia de que, como hemos apuntando ya, consideramos que la actuación del administrador incluso podría ser objeto de enjuiciamiento en una ulterior tramitación de una sección de calificación concursal a fin de determinar en qué medida el administrador pudo haber contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia de la sociedad administrada.

Esta nueva prórroga, nos atrevemos a aventurar, nuevamente dotará de protagonismo en todo caso a la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC[184].

Nótese, asimismo que, como ha sido ya advertido, estas reflexiones se deben entender igualmente válidas respecto de la nueva moratoria societaria *[limitada geográficamente]*, acordada en el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA, fruto de la cual en caso de concurrir causa de disolución en aquellas sociedades que igualmente tengan su domicilio social en alguno de los municipios identificados en el previo Real Decreto-ley 6/2024, el plazo legal para convocar la junta general a los efectos contenidos en el art. 365 TRLSC se suspende hasta el 30 de junio de 2025 y, si la causa de disolución acontece entre el 30 de noviembre de 2024 y el 30 de junio de 2025, se excluye expresamente la responsabilidad de los administradores de las deudas sociales contraídas durante dicha horquilla temporal.

[184] Recuérdese a estos efectos que nuestros juzgados y tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse afirmativamente a la postura que aquí acabamos de exponer, la cual hemos venido defendiendo firmemente desde que comentamos a enfrentarnos a esta excepcional normativa, siendo un claro ejemplo de ello la ya citada Sentencia núm. *[sic]/*2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VÍA SOCIETARIA PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

Sumario

2.1 LA DISCRECCIONALIDAD EMPRESARIAL O REGLA DEL *BUSINESS JUDGMENT RULE*. 2.2 ÁMBITO SUBJETIVO. 2.2.1 Sujetos responsables. a) Delimitación subjetiva *ex* art. 236 TRLSC. Más allá del administrador de derecho: extensión de la responsabilidad a personas asimiladas. b) Especial reflexión en torno a la persona designada representante del administrador persona jurídica y su controvertida pretendida aplicación en la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC. 2.2.2 La responsabilidad solidaria en el ámbito societario de los miembros del órgano de administración. Posible ejercicio posterior de la acción de regreso. 2.3 PLAZO DE EJERCICIO. 2.3.1 La introducción del art. 241 *bis* TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. 2.3.2 El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC): el criterio fijado por la Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre de 2023, de la Sala Primera del Tribunal Supremo y su posterior ratificación.

2.1 LA DISCRECCIONALIDAD EMPRESARIAL O REGLA DEL *BUSINESS JUDGMENT RULE*

Como ha sido ya apuntado *ut supra*, si lo que se pretende es analizar la responsabilidad del administrador en el ámbito societario no solo hay que atender a los específicos requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos respecto de cada una de las específicas acciones previstas sino que también, inexorablemente, habrá que determinar si su actuación estaría o no amparada por la protección de la discrecionalidad empresarial conocida como *"business judgment rule"* –positivizada finalmente en nuestro Ordenamiento Jurídico, tras un previo reconocimiento jurisprudencial[185], por medio del

[185] Destaca al respecto esta positivización la Sentencia núm. 901/2022, de 15 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2022\355680) (ECLI:ES:APMU:2022:2323): *"….la discrecionalidad empresarial, que antes de su plasmación positiva en el art 226 LSC con la Ley 31/2014, ya estaba apuntada por la jurisprudencia al sostener que el deber de diligencia de los administradores se configuraba como una obligación de medios y no de resultado, atendido el riesgo empresarial siempre existente".*

art. 226 del TRLSC, modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo–[186].

Y es que esta protección derivada de la *business judgment rule* impide revisar en vía judicial aquellas decisiones que han sido tomadas por el órgano de administración sobre la base de información razonable, de buena fe, de forma independiente y sin interés personal en el asunto, siempre eso sí que no supongan actos contrarios a la ley o los estatutos; protección ésta que, no obstante, no se extiende a las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas (de afectarle directamente a él no podría haber participado en la adopción de la decisión) y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el art. 230 TRLSC, encargado de regular el régimen de imperatividad y dispensa[187].

[186] Recomendamos la lectura de GÓMEZ ASENSIO, C. «El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN: 1134-7686, Nº 45, 2015, pp. 321-358.

[187] Exclusión que, en todo caso, delimita un importante ámbito negativo o excluyente de esta protección de la discrecionalidad empresarial de vital importancia para el correcto funcionamiento de las sociedades, siendo ello en última instancia una obligación más del deber de lealtad y la obligación del administrador de actuar siempre, y en todo caso, anteponiendo el interés de la sociedad a cualquier otro, tal y como ha destacado tanto las voces más autorizadas de nuestra doctrina como la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales. *Vid*., en tal sentido, lo dispuesto por la Sentencia núm. 42/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (JUR\2023\390261) (ECLI:ES:JMM:2023:3600): *"La doctrina más autorizada se ha mostrado muy clara en relación a la exclusión del ámbito de protección de la discrecionalidad empresarial en relación a la autorización de operaciones del artículo 230 del TRLSC. Así, JAVIER JUSTE MENCÍA, [[3] 3) _ Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Directores: JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES e IGNACIO SANCHO GARGALLO. Tomo III. Comentario al artículo 231 bis. Páginas 3.109. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.]indica lo siguiente en relación al precepto: "En sentido negativo, la ley excluye expresamente del ámbito de la discrecionalidad "las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230". La ley no deja espacio para ampararse en la regla, si el objeto de la decisión es dispensar de un conflicto de intereses a otro administrador. La ley 31/2014 ha regulado con normas nuevas y más rigurosas el deber de lealtad de los administradores, que les impone actuar en el mejor interés de la sociedad, y prohíbe anteponer sus intereses personales a los propios de la sociedad (artículo 227 y ss. LSC). Entre las obligaciones derivadas del deber de lealtad está la de evitar las situaciones de conflicto de intereses (artículos 228 y 229) y, en su caso, obtener la dispensa para la actuación".*

Son dos por tanto los planos teóricos en los que, a juicio de esta parte, esta *business judgment rule* se muestra susceptible de extender su protección, siendo ésta un argumento de defensa que podrá ser esgrimido por el administrador en aquellos supuestos en los que se ejercite frente a él tanto la acción social de responsabilidad como la acción individual[188].

Por tanto, tal y como han determinado nuestros juzgados y tribunales, dada esta nueva dicción del art. 226 TRLSC, esta "nueva" regla positivizada comporta que en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el administrador debe adoptar tales decisiones conforme a los siguientes parámetros:

(i) *"con arreglo a un proceso de decisión adecuado"*, esto es, que resulte conveniente para la concreta decisión empresarial y, de existir un proceso reglado -*v.gr.* un programa de *compliance*-, respectándolo;

(ii) *"con información suficiente"*, debiendo recabar incluso en caso de ser necesario, informes externos, que le permitan disponer de una información que razonablemente se muestre necesaria para la correcta adopción de la decisión;

(iii) *"sin interés personal en el asunto"*, debiendo igualmente en esta actuación -al igual que en todas las que adopte- defender los intereses de la sociedad por encima de los suyos o de personas vinculadas; y

(iv) *"de buena fe"*, concepto jurídico de difícil determinación -o, al menos, acreditación en lo que al fuero interno se refiere-, debiendo actuar así el

[188] Nótese en este sentido que, aun cuando para algunos su aplicación en el marco de una acción individual de responsabilidad puede resultar controvertida o, al menos, infrecuente, a nuestro juicio, tal y como han tenido ocasión de pronunciarse ya nuestros juzgados y tribunales, ésta sí que podría desplegar sus efectos en ella -*Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 93/2020, de 21 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (Ponente; Ilmo. Sr. D. María Villimar San Salvador) (JUR\2020\110790) (ECLI: ES:APBU:2020:116) y la Sentencia núm. *[sic]/*2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922)-.

> administrador bajo la convicción de que su decisión no solo es razonable, sino también la más favorable para los intereses de la sociedad.

Como seguro habrá podido advertir al lector, tales requisitos pueden ser objeto de diversas interpretaciones por cada uno de los operadores jurídicos a hora de enjuiciar una concreta actuación, debiendo tenerse asimismo en cuenta cuáles son las reglas de la carga de la prueba que rigen en esta materia pues, a buen seguro, en muchas ocasiones éstas resultarán determinantes para la resolución de la *litis*.

A este respecto debe señalarse que, en contra de lo que sucede en gran parte de esta regulación societaria, en el caso de esta previsión legal relativa a la protección de la discrecionalidad empresarial el legislador español ha optado por guardar silencio en lo que a las reglas de la carga de la prueba se refiere, no conteniendo ésta mención expresa ni en cuanto a su configuración en sentido estricto como una presunción *iuris tantum* ni, tampoco, se ha establecido una mención específica respecto de a quién le corresponderá la prueba de estos extremos; lo que ha propiciado la existencia de distintas posturas tanto doctrinal como jurisprudencialmente[189].

En todo caso, en este punto debe significarse que el modelo de *business judgment rule* que finalmente ha sido positivizado en nuestro Ordenamiento Jurídico español, con independencia de las posibles interpretaciones correctoras que algunos juzgados y tribunales quieran llevar a cabo, entendemos que se acerca al modelo *Delaware* o el sistema alemán de *"puerto seguro"*, alejándose del modelo estadounidense en el que la carga de la prueba del incumplimiento de estos requisitos para enervar la protección conferida al administrador recae sobre el demandante -en este último sistema será la parte actora la que, en primer lugar, deberá destruir la presunción de que la decisión fue

[189] Un completo resumen de estas posturas puede encontrarse en JUSTE MENCÍA, J., «Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», *en AA. VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad ((Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3105-3116.

diligente y, tras ello, entonces sí el administrador podrá acreditar lo contrario en su defensa-.

Así, si acudimos a la dicción literal del referido art. 226 TRLSC, vemos cómo en su primer apartado preceptúa que *"en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado"*.

Por ello, la inexistencia de una presunción específica en su regulación, unido a las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, nuevamente hace que, por el principio de facilidad probatoria, ante las evidentes dificultades que tendría el demandante para acreditar extremos internos del ámbito de la empresa -*v.gr.*, desconocerá si dentro de la empresa existía y, en su caso, si se cumplió, algún procedimiento interno de toma de decisiones; si solicitó auxilio el administrador a un experto independiente para recabar la información necesaria, … etc.-, nuestros juzgados y tribunales exijan al demandante identificar y acreditar, al menos, indicios razonables del incumplimiento de dichos requisitos mientras que, por su parte, el administrador deberá acreditar su fiel cumplimiento.

Ahora bien, conviene recordar de nuevo en este punto que, en todo caso, aun cuando la positivización en nuestro Ordenamiento Jurídico de la *business judgment rule* no tuvo lugar hasta la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, lo cierto es que esta excepción ya contaba en nuestra doctrina jurisprudencial con cierta acogida, tanto en lo que se refería en sentido estricto a procedimientos en los que se exigía responsabilidad al administrador social[190] como también incluso en el ámbito de las impugnaciones de

[190] Ámbito de aplicación (responsabilidad de administrador) que, lógicamente, se mantiene actualmente tras su positivización. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma (Provincia de las Islas Baleares) (JUR\2023\70998)

acuerdos sociales[191] en la medida en que, esta suerte de *"businnes judment rule jurisprudencial pre-positivización"* -si se nos permite la expresión-, descansaba en última instancia en la discrecionalidad empresarial que debía regir en el ámbito societario, defendiéndose tradicionalmente por nuestros jueces y tribunales que ésta en modo alguno podía ser sustituida por decisiones judiciales, siendo un buen ejemplo de ello lo dispuesto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) su Sentencia núm. 991/2012, de

(ECLI:ES:JMIB:2021:15811), la Sentencia de 16 de julio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\130198) (ECLI:ES:JMM:2021:14772), la Sentencia núm. 74/2021, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2021\203669) (ECLI:ES:JMB:2021:1510), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\152644), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\167960) (ECLI:ES:JMM:2020:1081), la Sentencia de 15 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\166709), la Sentencia núm. 283/2019, de 21 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\47048) (ECLI:ES:JMB:2019:10497), la Sentencia núm. 202/2019, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR\2020\61322) (ECLI:ES:JMPO:2019:3659), la Sentencia núm. 254/2018, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\20157), la Sentencia núm. 240/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\394195) (ECLI:ES:JMB:2018:7155), la Sentencia núm. 222/2018, de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\393920), la Sentencia núm. 119/2018, de 8 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\378617) (ECLI:ES:JMB:2018:5335) y la Sentencia núm. 88/2017, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR\2018\176716) (ECLI:ES:JMO:2017:2424).

[191] Ámbito de aplicación (impugnación de acuerdos sociales) que igualmente se mantiene tras la reforma. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 77/2023, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\344956) (ECLI:ES:JMB:2023:1965), la Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\89432), la Sentencia núm. 2540/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2021\1452 (ECLI:ES:APB:2020:12093), la Sentencia núm. 272/2019, de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (JUR\2019\299855) (ECLI:ES:JMB:2019:1148), la Sentencia núm. 195/2017, de 27 febrero Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente Ilma. Sra. Nuria Auxiliadora Orellana Cano) (JUR 2017\271430) (ECLI:ES:APMA:2017:1667) y la Sentencia núm. 2541/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Fernández Seijo) (JUR\2021\21966) (ECLI:ES:APB:2020:12096), todas en el mismo sentido, determinándose en esta última que: *"En una materia que está regida por la regla de la libertad de empresa (business judgment rule), hemos de entender que cualquier justificación mínimamente razonable puede considerarse suficiente, si bien esa justificación debe ser objetiva y concurrente en el momento del acuerdo, no buscada posteriormente como medio para justificar un acuerdo difícilmente justificable en otro caso".*

17 enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)[192] en un supuesto de impugnación de acuerdo social, en la que se destaca que es a los empresarios a quienes les corresponde la adopción de las decisiones empresariales, sean acertadas o no, debiendo evitarse la interferencia en la voluntad social.

De hecho, no solo contamos con el acogimiento de esta figura por parte de nuestro Tribunal Supremo con carácter previo a su positivización sino que, además, a día de hoy ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ella con posteridad a su inclusión vía art. 226 TRLSC, citándose aquí a tal efecto lo dispuesto en su Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo[193] en la que, tras recordarse la tradicional acogida jurisprudencial que ya venía existiendo, se analiza su positivación destacando que el espíritu de este art. 226 TRLSC

[192] Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\4981) (ECLI:ES:TS:2012:1686): *"Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212), aquel " escapa por entero al control de la Jurisdicción". Pese a lo cual, como sostuvimos en la sentencia 569/2010, de 6 de octubre (RJ 2010, 7313), la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero como precisa la 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788) " siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales".*

[193] Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ 2023\2362) (ECLI:ES:TS:2023:1290): *"Respecto al tema de la discrecionalidad empresarial, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial no tuvo reflejo positivo hasta la nueva redacción del art. 226 LSC, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613), ya había sido tenida en cuenta por los tribunales españoles (verbigracia, sentencias de esta sala 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788) ; 569/2010, de 6 de octubre (RJ 2010, 7313) ; 991/2011, de 17 de enero de 2012; o 732/2014, de 26 de diciembre (RJ 2014, 6902)), en el sentido de evitar que, al enjuiciar la impugnación de acuerdos sociales de la junta general o la existencia de responsabilidad por negligencia de los administradores de sociedades, sus decisiones de carácter empresarial terminen por ser sustituidas por las de los jueces. En suma, en lo que ahora se enjuicia, se trata de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales. Se parte de la base de que la gestión empresarial comporta por sí misma un nivel de riesgo, que deriva de la incertidumbre, imposible de eliminar, acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por lo que no debe hacerse responsables a los administradores sociales de las consecuencias lesivas producidas cuando se han mantenido dentro de dicho ámbito de la gestión de la sociedad, aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, sin que se deba incurrir en un sesgo retrospectivo".*

recae en el intento de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños dejando fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales, y ello aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, pues no debe en modo alguno incurrirse en su enjuiciamiento en un sesgo retrospectivo.

Como no podría ser de otro modo, ahora ya de manera incontrovertida tras su expresa positivización por el legislador español, esta excepción se aplica igualmente por nuestros juzgados y tribunales menores, máxime cuando, insistimos, la reforma del art. 226 TRLSC operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no hizo más que recoger la previa doctrina jurisprudencial que ya estaba siendo aplicada en la práctica forense [194].

Nótese, asimismo, que si bien esta discrecionalidad empresarial encuentra amparo en la normativa societaria y, como hemos visto, su configuración legal la sitúa como una excepción al régimen de responsabilidad en la medida en que, respecto del deber de diligencia, se configura como un contrapunto a la responsabilidad societaria derivado del

[194] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (AC 2021\303) (ECLI:ES:APM:2020:14585): *"En efecto, el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) enuncia el denominado principio de la " Business Judgment Rule " al establecer que "En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado". Aunque positivizado en nuestra legislación con posterioridad al conflicto que nos ocupa (se introdujo por Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) en el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital), este principio gozaba ya en el pasado de cierta raigambre jurisprudencial. Así, la S.T.S. de 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 4981) nos decía, con referencia a un conflicto obviamente anterior a la Ley 31/2014 y con cita de otras sentencias precedentes como la de 12 de julio de 1983 o la de 29 de marzo de 2007, que "Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983 , aquel " escapa por entero al control de la Jurisdicción"". También otras sentencias más antiguas, como las de 18 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1011) y 17 de abril de 1997, habían tratado ya de destacar la conveniencia de evitar la conversión del juez en órgano fiscalizador del desacierto económico. Concurriendo, pues, los cuatro elementos que enuncia el Art. 226 L.S.C. (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento adecuado), el examen judicial concerniente al deber de diligencia debería detenerse ahí pese a que pueda constatarse la producción de un daño para la sociedad a consecuencia de la gestión del administrador."*.

mismo, lo cierto es que ya hay voces que defienden su aplicación también a la hora de enjuiciar en la sección de calificación concursal la actuación del administrador[195].

En tal sentido destacamos aquí lo dispuesto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid en su Sentencia de 16 febrero 2021, en la que defendía la posibilidad de aplicar una especie de *business judgment rule* del art. 226 TRLSC en el ámbito de la responsabilidad concursal, afirmando al efecto que "e*llo, entendemos, sería extrapolable al ámbito de calificación concursal, aplicando dicha doctrina a la hora de valorar si concurre o no dolo o culpa grave en una toma de decisión concreta"*[196].

[195] Como defensor de esta postura encontramos a Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado del Tribunal Supremo. *Vid*., en tal sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 415-418, p. 422: *"Entiendo que en el caso de sociedades mercantiles, podría operar la business judment rule que, respecto de la responsabilidad de los administradores, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introdujo en el art. 226.1 LSC, para objetivar y facilitar el enjuiciamiento de la diligencia adoptada en la toma de una decisión discrecional. La adecuación de la decisión a un procedimiento de decisión adecuado y la constancia de la información suficiente recabada pueden ser muy relevantes para el enjuiciamiento de la conducta"*.

[196] *Vid.* el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de 16 febrero 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Picazo Menéndez) (JUR 2021\81187) (ECLI:ES:JMM:2021:248): *"Con estas imputaciones, se esperaría por parte de la defensa de los afectados, una argumentación dirigida a sostener la viabilidad, en ese momento, de la operación. Una especie de business judgment rule del artículo 226 LSC (RCL 2010, 1792, 2400) aplicada al ámbito de la responsabilidad concursal: una protección a los administradores de TECRIS CONSULTORS, S.L. de las responsabilidades que podrían derivarse contra ellos por el mal resultado obtenido con una decisión que hayan tomado en el ejercicio de su función de gestión y representación de la empresa, como es la compra del capital de las dos sociedades, función que está sometida a los deberes de diligencia y lealtad. Efectivamente, con carácter general, y dentro del ámbito societario, con esta regla que permite la exclusión de la responsabilidad de los administradores sociales por el resultado lesivo sobrevenido de sus decisiones sin más, evitando que adopten posturas excesivamente conservadoras, pues el rechazo al riesgo en la toma de decisiones empresariales puede ser contraproducente para la sociedad; y también se pretende evitar que los tribunales puedan verse influenciados por el conocimiento del resultado a la hora de revisar la toma de decisión empresarial, pues si todo acto de gestión, por el mero hecho de revelarse, de forma sobrevenida, perjudicial para los intereses sociales queda sometido a la censura judicial, los administradores terminarán por abstenerse de emprender operaciones con el riesgo propio de empresa. Ello, entendemos, sería extrapolable al ámbito de calificación concursal, aplicando dicha doctrina a la hora de valorar si concurre o no dolo o culpa grave en una toma de decisión concreta, en este caso, el otorgamiento de la escritura de contrato compraventa del 96% y 96,02% del capital social de Laboratorios Pérez Giménez, S.A. y Cuvefarma, S.L. (en liquidación) de fecha 28 de julio de 2010 por parte de TECRIS CONSULTORS, S.L"*.

En la misma línea, en un supuesto de reapertura de la sección de calificación concursal se pronunciaba ya el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas), en su Sentencia núm. 136/2011, de 18 julio[197], y ello incluso respecto de la oportunidad de enjuiciar en la vía concursal la actuación del administrador bajo la lupa de la, en aquel momento, solo jurisprudencialmente admitida *business judgment rule*.

Postura que se mantiene en las resoluciones judiciales más recientes posteriores a la referida reforma en las que resulta temporalmente de aplicación la nueva redacción del art. 226 TRLSC[198], aunque en algunas de ellas solo con carácter *obiter dicta* [199] (postura

[197] *Vid.* Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia núm. 136/2011, de 18 julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Miguel Alemany Eguidazu) (AC 2011\1550) (ECLI:ES:JMGC:2011:92): *"No incumple su deber de pedir la liquidación o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable quien despliega esfuerzos razonables para la supervivencia de la compañía . Tanto en el momento preconcursal como en el previo a la liquidación, el reproche o la sanción debe hacerse depender de que no existieran posibilidades razonables de recuperación de la empresa social de acuerdo con el juicio de un administrador diligente, de forma que hay una suerte de "business judgment rule" a favor de los administradores sociales respecto a las perspectivas de reflotamiento. En la doctrina de los tribunales provinciales, la conducción de negociaciones es una eximente decisiva en la SAP Guipúzcoa 12-11-2007, Lanen Urbanizaciones"*.

[198] *Vid.*, entre otras, Sentencia de 22 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Cuenta (JUR\2022\222013) (ECLI:ES:JPII:2022:165), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo, indicado coincidir con el amplio sector doctrinal que defiende la que la excepción de la discrecionalidad empresarial debe también ser aplicada en la sección de calificación concursal, se afirma que: *"La denominada business judgment rule no alteraría el estándar de diligencia entendido en términos objetivos, y debería admitirse el ejercicio de acciones de responsabilidad respecto de decisiones empresariales que de forma evidente contradigan las que un ordenado empresario habría adoptado habitualmente en la gestión de sus negocios habituales. Partiendo de esta inicial exposición, entendemos, como un amplio sector doctrinal, que esta regla también resulta aplicable en el ámbito concursal en la valoración de la culpa grave a la que se refiere la calificación del concurso. Por un lado, este puerto seguro que ofrece el art 226 LSC no entraría en juego en caso de demostrarse por los demandantes la ausencia de sus requisitos (mala fe, interés, no se una decisión estratégica, haber obtenido la información o asesoramiento de fuentes no independientes o no capacitadas, etc.). Por otro lado, incluso en ausencia de prueba de la falta de los requisitos de la business judgment rule, esta norma ofrece una presunción iuris tantum, y la demostración a posteriori del carácter irrazonable, o manifiestamente negligente de la actuación del administrador, haría desaparecer el puerto seguro, debiendo el administrador afectado demostrar que no concurre la "culpa grave" del art. 442 TRLC (164.1 LC)"*.

[199] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 45/2018, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pañeda Usuníriz) (JUR\2018\84531) (ECLI:ES:SPVA:2018:176), señala respecto del enjuiciamiento de una operación en sede de

que, en todo caso, insistimos, también se ha mantenido inalterada en resoluciones recientes cuando lo enjuiciado traía causa de actuaciones llevadas a cabo por el administrador con carácter previo a la reforma[200]).

---

calificación concursal: *"Es más, de no haber suscrito el controvertido anexo esta operación seguramente no sería discutida pues entraría dentro del denominado business judgment rule"*.

[200] En esta línea, con referencia incluso a lo dispuesto por el ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Una nota sobre la *business judgment rule*», *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017, disponible a fecha 26 de diciembre de 2024 en «https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/01/una-nota-sobre-la-business-judgment-rule.html», encontramos la Sentencia de 13 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia (JUR\2022\137848) (ECLI:ES:JMV:1298), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se destaca lo siguiente: *"Esa conclusión se refuerza, precisamente, por reconocer la plena aplicabilidad y vigencia para la solución del caso de la regla sobre protección de la discrecionalidad empresarial que regula el artículo 226.1 LSC , también aplicable en los albores de la situación de insolvencia y con eficacia en el concurso posterior. La redacción original del precepto, que era la vigente al tiempo de acaecimiento de los hechos que fundan el reproche de calificación en 2011, ya incluía potencialmente la necesidad de practicar un juicio favorable a la protección de la discrecionalidad empresarial antes de reprochar la infracción del deber de diligencia de un administrador societario, aunque pueda parecer lo contrario. En efecto, en su formulación germinal, ese precepto ya expresaba una regla de diligencia empresarial que, posteriormente, ha podido ser desarrollada de manera más precisa sin perder su coherencia. Antes y después de los cambios operados en el precepto, con o sin su sofisticación o modernización, la discrecionalidad empresarial podía resultar, según el caso, merecedora de tutela. 26.- Esa norma societaria, para proteger el necesario ámbito de libertad de los empresarios en la toma de decisiones estratégicas, impide que un juez revise las decisiones adoptadas en dicho ámbito por los administradores de una sociedad mientras no se hayan apartado de lo que pueda considerarse un estándar de diligencia habitual, que es un límite que solo opera de modo extraordinario para la salvaguarda de los intereses de la propia sociedad y de los terceros que se relacionan con ella en el mercado. De lo que se trata es, entre otras cosas, de incentivar a los empresarios a adoptar decisiones necesarias y útiles para desarrollar el objeto de la empresa, sin que se vean inhibidos de una manera absoluta por el riesgo de un eventual y posterior reproche judicial. En definitiva, que lo que no es posible es el reproche del comportamiento económico de un empresario por el solo motivo de que los resultados obtenidos por ese empresario con sus decisiones no hayan sido del todo favorables para la sociedad o sus acreedores o incluso cuando hayan sido enteramente perjudiciales. Entre nuestra doctrina, Alfaro lo explica de modo asequible de la siguiente manera (Alfaro, J., "Una nota sobre la business judgment rule" , Almacén de Derecho, 26/1/17): "En nuestro Derecho, la regla del art. 226.1 LSC puede entenderse como una "concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador cuando adopta una decisión que no viene determinada por la Ley" (Mertens/Cahn) o, de forma semejante al privilegio romano para los socios-administradores de la sociedad colectiva, como una disgregación entre el estándar de conducta o antijuricidad - diligencia - y el estándar de responsabilidad o de culpabilidad - actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales - (Eisenberg) lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción solo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la business judgment rule. De este modo, la regla limitaría el ámbito de aplicación de la responsabilidad por negligencia. El juicio acerca de si el administrador actuó diligentemente no procede si actuó informada y desinteresadamente y se trataba de una decisión "estratégica o de negocio". El administrador pudo haber actuado negligentemente, pero es irrelevante. En esta medida,*

Especialmente clarificador se muestra, a nuestro juicio, lo dispuesto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en su Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre[201], en la que se destaca que, ante el silencio de nuestro legislador, pueden adoptarse dos posturas, la primera por la que solo se deberá atender en sede concursal a la normativa específica contenida en nuestro Derecho de insolvencias y, la segunda, en virtud de la cual también debería ser tenida en cuenta la protección del art. 226.1 TRLSC en la medida en que esta norma societaria tiene por fin último proteger el necesario ámbito de la libertad del empresario en la toma de decisiones estratégicas, lo que impide al juzgador revisar las decisiones que fueron tomadas por los administradores en dicho ámbito salvo que se pruebe que no actuaron con la diligencia debida, lo que se acompasaría mal con la posibilidad de excluir esta protección de eventuales reproches que pudiesen sufrir los administradores sociales en una eventual sección de calificación concursal[202].

Sin embargo, esta postura jurisprudencial no es la única, ya que también nos encontramos ante resoluciones judiciales que consideran que ésta no es de aplicación por cuanto la *business judment rule* contenida en el actual art. 226 TRLSC afecta por configuración

la regla actúa como un "puerto seguro" para los administradores (Fleischer). De acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la argumentación/alegación, corresponderá al administrador que pretenda valerse de la regla de la discrecionalidad empresarial la prueba de que la decisión se tomó informada y desinteresadamente".

[201] Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2022\390605) (ECLI:ES:JMB:2018:7093).

[202] Así, profundizando en esta segunda solución, continúa la Sentencia indicando respecto del art. 226 TRLSC que: *"Esa norma societaria, para proteger el necesario ámbito de libertad de los empresarios en la toma de decisiones estratégicas, impide que un juez revise las decisiones adoptadas en dicho ámbito por los administradores de una sociedad mientras no se hayan apartado de lo que pueda considerarse un estándar de diligencia habitual, que es un límite que solo opera de modo extraordinario para la salvaguarda de los intereses de la propia sociedad y de los terceros que se relacionan con ella en el mercado. De lo que se trata es, entre otras cosas, de incentivar a los empresarios a adoptar decisiones necesarias y útiles para desarrollar el objeto de la empresa, sin que se vean inhibidos de una manera absoluta por el riesgo de un eventual y posterior reproche judicial. En definitiva, que lo que no es posible es el reproche del comportamiento económico de un empresario por el solo motivo de que los resultados obtenidos por ese empresario con sus decisiones no hayan sido del todo favorables para la sociedad o sus acreedores o incluso cuando hayan sido enteramente perjudiciales. Entre nuestra doctrina, Alfaro lo explica de modo asequible de la siguiente manera (Alfaro, J., "Una nota sobre la business judgment rule", Almacén de Derecho, 26/1/17): (...)".*

legal a los deberes de diligencia o lealtad, lo que se diferencia de la antijuricidad exigida en la sección de calificación concursal, siendo exponente de tal argumento la Sentencia núm. 61/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander[203].

Nótese que, estas "dudas" respecto de la aplicabilidad de la *business judment rule* en la sección de calificación, como expresamente se indica en la Sentencia, traen causa del previo razonamiento del propio Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 693*/[2]*017, de 20 de diciembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena)[204], en la que se indica que para que la conducta a enjuiciar del administrador integre la causa de culpabilidad del concurso, en concreto *ex* art. 164.1 LC vigente en aquel momento -esto es, que cause o agrave la situación de insolvencia-, no es indispensable que se vulnere el deber de fidelidad que actualmente se impone en el art. 227.1 TRLSC, en su concepción del deber del administrador de desempeñar su cargo actuando en el mejor interés de la sociedad, por cuanto éste viene referido al ámbito externo de la misma; argumento que, finalmente, es completado en la referida Sentencia indicando que el necesario elemento de la antijuridicidad en la conducta del administrador es distinto al regulado en el plano societario, *"porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el*

[203] Sentencia núm. 61/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (JUR\2019\121315) (ECLI:ES:JMS:2019:185); Sentencia en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se justifica esta restrictiva postura, aun a modo de pronunciamiento *obiter dicta*, en los siguientes términos: *"A mayores, debemos advertir las dudas que la aplicabilidad de la business judgment rule (art 226 LSC) en calificación culpable merece a la vista de la STS 693/3017, toda vez que la regla del art 226 LSC afecta a la infracción del deber de diligencia o lealtad, pero ésta no es la antijuridicidad "necesaria" para el 164.1 LC. La antijuridicidad en el 164.1 no se dirige (necesariamente) a los deberes del administrador con la sociedad, sino respecto de los acreedores sociales (generando o agravando con dolo o culpa la insolvencia). Para integrar el tipo del art 164.1 LC no es necesario (aunque normalmente suceda así) que se infrinja el deber de fidelidad o lealtad (227 LSC), es decir de desempeñar el cargo en el mejor interés de la sociedad, porque este deber se refiere sobre todo al ámbito interno de la sociedad, y la norma del 164.1 LC es de protección de acreedores, no de la propia sociedad (de hecho el interés de ésta es en ocasiones contrario al de los acreedores)".*

[204] Sentencia núm. 693/2017 de 20 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2017\5784) (ECLI:ES:TS:2017:4656).

expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores[205]*".*

Ahora bien, a nuestro juicio, este razonamiento llevado a cabo por nuestro Tribunal Supremo no excluye, *per se* y en todos los supuestos, la posible toma en consideración de la excepción de la discrecionalidad empresarial en sede de calificación concursal, pudiendo compartirse de esta forma su razonamiento sin que ello sea un óbice insalvable para acoger en determinados supuestos la tesis jurisprudencial "extensiva" o "integradora" que ha sido ya *ut supra* objeto de análisis[206].

Tal cuestión aún no encuentra una pacífica respuesta, debiendo en todo caso ser tenido en cuenta por los diversos operadores jurídicos en la medida en que algunos juzgados y tribunales sí tienen una postura que, podríamos denominar, "extensiva" o "integradora" sobre la que sí sería posible defender su aplicación en la sección de calificación concursal (no obstante, insistimos, como hemos visto, también los hay que defienden una postura "restrictiva").

Esta ausencia de una regulación legal específica unida a la existencia de dos corrientes jurisprudenciales contradictorias se traduce una vez más en una indeseable inseguridad jurídica, por lo que entendemos que debería llevarse a cabo al menos una reflexión por parte de nuestro legislador a fin de valorar la oportunidad de incluir una previsión

[205] Este razonamiento hace que el Tribunal Supremo considere irrelevantes las consideraciones relativas la infracción del deber de lealtad del administrador.

[206] En tal sentido resulta clarificadora la Sentencia de 4 de junio de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (JUR\2024\115233) (ECLI:ES:JMMA:2023:5693), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, tras exponerse y considerar adecuada este criterio del Tribunal Supremo contenido en su Sentencia núm. 693/2017 de 20 diciembre, a continuación refiere la importancia de evitar juzgar la discrecionalidad empresarial.

específica en el ámbito concursal que aclare cuáles son "las reglas del juego" en esta materia.

2.1 ÁMBITO SUBJETIVO

2.1.1 Sujetos responsables

a) Delimitación subjetiva *ex* art. 236 TRLSC. Más allá del administrador de derecho: extensión de la responsabilidad a personas asimiladas

El artículo 236 TRLSC, en su redacción vigente dada por la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, presenta importantes novedades respecto al texto original ya que, como veremos a continuación, el legislador español consideró necesario llevar a cabo una delimitación más detallada de la responsabilidad del administrador abarcado, entre otros extremos, la expresa identificación de aquellos que se pueden ver afectados por este régimen[207].

En tal sentido, llegados a este punto consideramos necesario significar, antes de continuar con las novedades que esta reforma introdujo en la delimitación y definición de lo que podrían considerase como *"personas asimiladas"* al administrador social a los efectos que aquí nos ocupan -entendido éste además en su más amplia concepción como el administrador de derecho con independencia de la forma que éste adopte[208]-, cuál es el origen o la motivación de esta expresa positivación de la extensión de la responsabilidad de administradores a estas personas asimiladas.

Para ello resulta revelador acudir al propio Preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del

[207] Una primera aproximación a este respecto ya la llevamos a cabo en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *AA.VV. Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) (Dir. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L.),* Madrid, Dykinson, 2015, ISBN 978-84-9085-202-6, pp. 129-143.

[208] *V.gr.* administrador único, administrador solidario, administrador mancomunado o consejero.

gobierno corporativo, en el que se recoge la expresa voluntad del legislador español de apostar por un sistema híbrido basado, por un lado, en la confianza de la virtualidad que pueden tener las recomendaciones no vinculantes que venían siendo plasmadas en códigos de buen gobierno (*soft law*)[209] y, por otro, en la importancia de incluir en nuestro Ordenamiento Jurídico normas que sí revistan el necesario carácter imperativo y transformen las recomendaciones de mayor importancia y repercusión en obligaciones positivizadas y sancionables[210].

Y, precisamente en este último ámbito es en el que se enmarcan las reformas operadas en el ámbito de la responsabilidad de los administradores por la importancia que este régimen presenta no solo en el ámbito del buen gobierno corporativo sino también en el

[209] Respecto de práctica que se estaba llevando desde hacía unos años por la que se apostaba en muchos sectores por las bondades que presenta este tipo de *soft law*, basado en el principio de "cumplir y explicar", destaca NAVARRO MATAMOROS, L., «Gobierno corporativo, economía sostenible y responsabilidad social de la empresa», en *AA.VV. Economía Social y Economía Sostenible (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ)*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, ISBN 978-84-9903-737-0, pp. 281-299, pp. 283-284, que: *"de un tiempo a esta parte se han venido publicando los denominados Códigos de gobierno corporativo en España: el informe Olivenza, el Aldama, y, el unificado, también conocido como "Código Conthe". La función primordial de los mismos se centra en determinar los mecanismos adecuados para dirimir y controlar las compañías, así como la forma de obtener un mayor grado de responsabilidad de la dirección, un mayor control en la rendición de cuentas a los accionistas y un mayor índice de obtención de riqueza para la sociedad en cuestión".* Y, en la misma línea, destacando que estos códigos de buen gobierno permitían recoger, aun cuando sin imperatividad, aquellos extremos que se iban tornando importantes en una sociedad viva y cambiante, afirma SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas», *La Ley Mercantil*, núm. 3, junio de 2014, ISSN-e 2341-4537, pp. 1-3, p. 2, que *"el gobierno corporativo es un derecho vivo, que se integra en lo que se ha venido en llamar "soft law" y que evoluciona mucho más rápidamente que las normas jurídicas".*

[210] *Vid*., en tal sentido, el apartado II del Preámbulo de la referida Ley 31/2014, de 3 de diciembre; criterio éste que además venía siendo defendido por autorizadas voces de nuestra doctrina. En esta línea RODRÍGUEZ, L./ALCÁZAR E./APILÁNEZ E./SÁNCHEZ R., «El proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo», *Boletín Mercantil*, núm. 17, abril 2014, disponible en «https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/newsletters/corporate-bulletin-no-17-april-june-2014?v=1» a fecha 28 de diciembre de 2024, pp. 4-17, pp. 5-6: *"el modelo que se había seguido en las últimas décadas, reflejaba la confianza en un mercado en el que las empresas compiten en materia de "buen gobierno". Tras ello, y por lo que respecta a la reforma legislativa que nos ocupa, continúan destacando que "la Comisión de Expertos no renuncia a la idea de que los códigos de buen gobierno (soft law) constituyan una herramienta útil para los objetivos del buen gobierno corporativo. Sin embargo, el Proyecto de Ley advierte de las deficiencias de algunas de las explicaciones que son habituales en el tráfico. Por ello, al igual de lo que se promueve en otros países, se indica que las reformas deberían realizarse mediante modificaciones legislativas que, además, deben manifestarse en normas imperativas, como las que tradicionalmente regularon las sociedades anónimas".*

propio tráfico ordinario de las sociedades por ofrecer un valioso instrumento que, además de desincentivar ilícitas actuación de los administrares, se muestra como una garantía para la propia sociedad, para sus socios e incluso para terceros, para poder tratar de verse resarcidos de las eventuales conductas irregulares de los administradores[211].

Nótese que, en aquel momento, se produjo una creciente preocupación de los operadores jurídicos e, incluso, de la propia sociedad en su conjunto, por contar con un efectivo sistema de exigencia de responsabilidad a los administradores sociales tras aflorar determinados ilícitos orgánicos de los órganos de administración de las sociedades de capital con motivo de la crisis económica en la que nos vimos inmersos a comienzos de la década del 2010, siendo éste el contexto en el que se enmarca la reforma cuyo estudio nos ocupa[212].

Ello, junto con la buscada armonización de nuestro régimen de responsabilidad de los administradores sociales, derivó en que la reforma del TRLSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en lo que a materia de responsabilidad de administradores se refiere, pueda ser resumida a los efectos que aquí nos ocupan en tres principales ámbitos: (1) la inclusión de nuevas definiciones de los deberes de diligencia y lealtad, (2) la inclusión de previsiones que facilitasen la interposición de la acción social de

[211] Destaca RECALDE CASTELLS, A. J., «Del "Código de Olivenza" a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional –y decepcionante– sobre la reforma del "gobierno corporativo" en las sociedades cotizadas españolas)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, ISSN 0210-0444, pp. 1861-1904, pp. 1881-1883, que *"es cierto que uno de los más eficaces instrumentos para conseguir un mejor gobierno corporativo lo constituye la posibilidad de reclamar a los administradores los daños que estos hubieran causado a la sociedad al actuar infringiendo los deberes inherentes al cargo".*

[212] Nótese a este respecto que en el propio apartado I *in fine* del Preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se indicaba expresamente que *"los líderes de la Unión Europea y del G-20 coinciden en señalar que la complejidad en la estructura de gobierno corporativo de determinadas entidades, así como su falta de transparencia e incapacidad para determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización, se encuentran entre las causas indirectas y subyacentes de la reciente crisis financiera. Efectivamente, tanto entidades financieras como empresas de carácter no financiero se han visto afectadas por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración".*

responsabilidad y (3) la extensión expresa del régimen de responsabilidad del administrador a personas asimiladas[213], lo que aquí será objeto de análisis a continuación.

Así pues, recordemos, la regla general sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital se contiene en el art. 236.1 del TRLSC, el cual determina los sujetos responsables *("los administradores"*), los sujetos ante quienes tales administradores responden *("frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales"*), las estructuras de imputación de responsabilidad (*"por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa"*), y ello además despejando cualquier duda respecto de la función indemnizatoria o resarcitoria que presentan las acciones en él amparadas *ex* arts. 238 y ss. y 241 TRSLC, siendo una responsabilidad civil por daños reales que se hubieran irrogado por su actuación u omisión (*"responderán… del daño que causen"*).

Ahora bien, el ámbito subjetivo de esta responsabilidad no se limita a los administradores de derecho al que hace referencia el art. 236.1 TRLSC sino que éste, tras la referida reforma, se extiende expresamente a:

[213] Ello queda nítidamente resumido por VIVES RUIZ, F., «Propuesta de reforma legislativa en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (II)», *El Notario del siglo XXI*, núm. 53, enero-febrero de 2014, ISSN 1885-009X, pp. 14-20, p. 17: *"las propuestas de modificación en el régimen del estatuto de los administradores de las sociedades de capital son el resultado de un profundo debate sobre el marco jurídico de relaciones entre gestores y socios. La propuesta en este ámbito, heredera en muchos casos las recomendaciones al Gobierno recogidas en el Anexo III al Código Unificado de Buen Gobierno, que propugnaba un régimen de responsabilidad más severo y eficaz, pivota en torno a dos grandes ejes: el deber de diligencia y el deber de lealtad"* (…) *"para dotar de eficacia a estos deberes, se reforma el régimen de responsabilidad de los administradores recogido en el capítulo V del título VI de la LSC. Las propuestas incluyen extender el régimen de responsabilidad a los administradores de hecho, entendidos en sentido amplio; reducir la participación necesaria para interponer la acción social de responsabilidad al 3% del capital social en las sociedades cotizadas; permitir la interposición directa de la acción social de responsabilidad por los socios sin necesidad de esperar acuerdo de la junta cuando se derive de la infracción del deber de lealtad; y permitir reclamar al administrador infractor no solo el daño causado a la sociedad, sino también el enriquecimiento injustamente obtenido"*.

(i) Los administradores de hecho (art. 236.3 TRLSC)

Previsión que, si bien no es nueva en lo que a la extensión del régimen de responsabilidad se refiere, por cuanto, con carácter previo a la reforma, en el originario apartado primero del citado artículo ya se equiparaba en este régimen de responsabilidad a *"los administradores de derecho o de hecho como tales…"*[214], sí que supone una reforma a tener en cuenta por cuanto ahora ofrece una definición precisa de qué se debe considerar como administrador de hecho a estos efectos.

Así, el art. 236.3 TRLSC, tras preceptuar expresamente que *"la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho"*, nos ofrece una definición de los mismos identificando como tales *"tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad"*.

Ésta era la figura en la que tradicionalmente se venía intentando incluir a aquellos sujetos que, sin ser el administrador de derecho, ejercían realmente las funciones propias del órgano de administración -entendidas como aquellas de cierta intensidad cualitativa- de forma efectiva, continuada e independiente evidenciándose la existencia de autonomía en las decisiones que, además, contaban con el respaldo de la sociedad.

[214] La dicción previa a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, del art. 236.1 TRLSC era del siguiente tenor literal: *"Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo"*.

Nótese que con esta nueva definición de lo que se debe entender a estos efectos como administrador de hecho se incluyen expresamente tanto los que operan abiertamente en el tráfico mercantil como tales, como incluso los que lo hacen de "de manera oculta" -algo que en todo caso ya venía defendiendo la doctrina con carácter previo a la reforma-, debiendo tenerse presente que su responsabilidad no exonera necesariamente al administrador de derecho sino que podría dar lugar, en entre otras cuestiones, al régimen de responsabilidad solidario al que *ut infra* nos referiremos[215]; ahora bien, ello no obstante, insistimos, siempre que se prediquen la totalidad de requisitos exigidos en su actuación.

[215] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2013\2405) (ECLI: ES:TS:2012:9191), en la que, *(i)* por un lado, se contiene la definición que tradicionalmente le había dado la doctrina jurisprudencial a la figura del administrador de hecho ante el silencio que existía con carácter previo a la reforma operada por la Leu 31/2014, de 3 de diciembre, en los siguientes términos: "*Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" (sentencias 261/2007, de 14 marzo , 55/2008, de 8 de febrero , 79/2009 , de 4 de febrero., 240/2009 , de 14 de abril, 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general"* y *(ii),* por otro, excluye la posibilidad de que la existencia de un administrador de hecho exonere al administrador de derecho al considerar que: *"aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho -singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho (sentencias 261/2007, de 14 marzo , 55/2008, de 8 de febrero), ya que, como afirman las sentencias 509/1999, de 7 de junio , y 222/2004, de 22 de marzo , "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad". Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho -la presentación de unas cuentas cuya formulación está reservada al administrador de derecho y su aprobación a la junta general, cuya regular convocatoria también reserva la norma a este-."*.

Sin embargo, la práctica forense evidenciaba que en ocasiones esta delimitación no abarcaba a todos los posibles sujetos deberían quedar incluidos en el ámbito de este régimen de responsabilidad, máxime en unas sociedades que cada vez se tornan más complejas en cuanto a su ámbito organizativo, motivo por el cual el legislador español en la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, optó por mantener la inclusión de este sujeto, si bien acompañado de nuevas personas asimiladas que, aun cuando no tienen encaje en la tradicional figura del administrador de hecho, sí pueden llevar a cabo actuaciones susceptibles de ser enjuiciadas bajo la óptica de la responsabilidad societaria del órgano de administración.

(ii) Los altos directivos, bajo determinados condicionantes (art. 236.4 TRLSC)

La figura del alto directivo ha estado tradicionalmente marcada por su vinculación y responsabilidad contractual derivada del vínculo que éste tuviese con la sociedad (*v.gr.* un contrato laboral o de servicios)[216], pudiendo la sociedad exigirle, en función del vínculo que tuviese con él, la oportuna reparación de los daños y perjuicios que con su actuación le hubiese causado.

Frente a ello, tras esta reforma su régimen de responsabilidad se ve extendido al quedar incluido en este régimen societario de responsabilidad *ex* arts. 238 y 241 TRLSC, lo que lo hace susceptible de responder también por esta vía tanto frente a la propia sociedad, como incluso adicionalmente frente a socios y terceros, como si del administrador social se tratase.

[216] Siendo habitual que este tipo de sujetos estuviese vinculado con la sociedad por un contracto regulado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, no es éste el único vínculo posible, pudiendo existir por ejemplo un régimen de prestación de servicios sometido a lo dispuesto en el art. 1.583 CC.

Ahora bien, siendo consciente el legislador de la trascendental ampliación del ámbito de responsabilidad que ello supone[217], lo ha reducido sólo a aquellos supuestos en los que se cumplen una serie de circunstancias, y es que en el nuevo apartado 4 del art. 236 TRLSC se extiende subjetivamente esta responsabilidad al alto directivo única y exclusivamente *"cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados"*, determinándose así que en estos casos, *"todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella".*

Parece que el espíritu de esta reforma pasa por extender esta responsabilidad al alto directivo cuando, por la configuración del órgano social, éste en la práctica opera como si de un consejero delegado se tratase[218].

---

[217]Nótese, a este respecto, que ello ha provocado un sensible incremento en el interés en la contratación de seguros por parte de los altos directos que cubran esta "nueva" responsabilidad para ellos. Destacan, a tal efecto, COCA VILA, I. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O» *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 74, Nº 1, 2021, pp. 113-216, p. 115-116, que: *"la progresiva expansión y el endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores y directivos de las sociedades de capital han hecho del desempeño de ambos cargos una profesión de riesgo. Aquellos están sujetos, por un lado, a un severo y extenso régimen de responsabilidad mercantil (art. 236 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; (…) No es de extrañar, pues, que este progresivo endurecimiento de los distintos regímenes de responsabilidad le haya acompañado un aumento del interés por parte de las sociedades de capital en el aseguramiento de las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que eventualmente incurren sus gestores en el ejercicio de su cargo. A ojos de aquellas, la mitigación del riesgo que amenaza a los administradores y a los altos directivos se presenta como una condición fundamental para garantizar una administración eficiente: en primer lugar, porque el contrato de seguro permite reducir los costes de gestión derivados del aumento de las demandas retributivas de quien se sabe expuesto a un severo régimen de responsabilidad; en segundo lugar, porque aquel facilita la captación del talento, al contrarrestar los desincentivos que echarían atrás al potencial administrador o directivo adverso al riesgo y, en tercer y último lugar, porque el aseguramiento es igualmente un mecanismo idóneo para disminuir los incentivos que genera un régimen de responsabilidad severo para llevar a cabo una gestión conservadora o poco original y, por ende, ineficiente".*

[218] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 1278/2022, de 28 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Elena Boet Serra) (JUR\2022\319909) (ECLI:

Ahora bien, la propia literalidad del precepto es clara al extender esta responsabilidad a quien debe considerarse como un alto directivo con independencia del cargo que formalmente ostente en la sociedad, siendo vital por tanto enjuiciar en cada caso concreto si las funciones que dicha persona tenga atribuidas pueden encuadrarse o no en esta figura que, en modo alguno, deberá confundirse con la tradicional figura del administrador de hecho cuya definición acaba ser *ut supra* analizada.

(iii) La persona jurídica administradora y su expresa extensión a la persona física designada por ésta (236.5 TRLSC)

Una de las reformas que con mayor intensidad venían siendo exigidas por la doctrina finalmente cristalizó en la inclusión del nuevo apartado quinto del art. 236 TRLSC, el cual pasó a preceptuar expresamente que *"la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica"* (no olvidemos que las sociedades jurídicas,

ES:APB:2022:9359): "*El art. 236.4 LSC amplía el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores, y de los deberes de los administradores, al alto directivo de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad con base en su relación jurídica con el alto directivo, cuando se cumplan las condiciones que establece, saber: 1º) la administración de la sociedad esté confiada a un consejo de administración; 2º) no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados y 3º) una persona, cualquiera que sea su denominación, tenga atribuidas facultades de más alta dirección. El referido precepto parte de la presunción de que cuando la sociedad está administrada por un consejo de administración precisa de una persona, ejecutivo o gestor (agente), que lleve a cabo la gestión del día a día, residiendo en el consejo la supervisión, control y determinación del plan estratégico. Ese gestor o ejecutivo puede ser orgánico (consejero delegado) o no orgánico. Pues, como dispone el art. 249 LSC, el consejo de administración "podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados" (en cuyo caso deberá celebrarse un contrato con los requisitos del 249.3 LSC) y, también, podrá conferir apoderamientos a cualquier persona; y el art. 249 bis LSC, estipula como facultad indelegable del consejo de administración "g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato" y "El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución". En relación con las funciones o facultades del consejo de administración y el ejecutivo o gestor, el citado art. 249 bis LSC establece que es indelegable "a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado" y "b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad".*"

aun cuando pueden ser administradores *ex* art. 212 TRLSC[219], son entes inanimados que precisan de una persona física para que llevar a cabo sus funciones) *"deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador"*.

Tradicionalmente la responsabilidad del administrador se detenía en la persona jurídica que era nombrada como administradora -o como miembro del Consejo en caso de enfrentarnos ante un órgano de administración pluripersonal-, sin alcanzar a la persona física designada para su ejercicio, algo que venía siendo criticado extensamente por la doctrina[220], habiéndose acogido así con esta reforma la tan deseada responsabilidad en cascada.

[219] En cuyo primer apartado se preceptúa expresamente que *"los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas",* la cual se ve completada con los dispuesto a continuación en el art. 212 *bis* TRLSC, el cual exige en su primer apartado que, en caso de que sea nombrado administrador una persona jurídica, resultará necesario que ésta "*designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo";* previsiones que, a su vez, encuentran su reflejo en el art. 143 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en cuyo primer apartado se indica que, en aquellos supuestos en los que el administrador sea una persona jurídica, no se llevará a cabo la inscripción de su nombramiento hasta que no conste la identidad de la persona física designada.

[220] Previsión que, por fin, vino a positivizar una de las exigencias más aclamadas por los distintos operadores jurídicos. Destaca JORDÁ GARCÍA, R., «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», *Diario la Ley*, núm. 8324, 3-6-2014, ISSN 1989-6913, pp. 12-16, p. 15, que *"como ya se propuso, aunque no vio la luz, en el proyecto de ley de la Ley 25/2011, de 1 de agosto (...), de reforma parcial de la Ley de sociedades de Capital (...), se vuelve a proponer que la persona física representante del administrador persona jurídica esté sometida a los mismos deberes de los administradores respondiendo solidariamente con la persona jurídica del administrador"* y, en la misma línea, destacaba con carácter previo a esta reforma MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, ISBN 978-84-9985-071-9, pp. 59-93, pp. 85-86, que frente a la ausencia de previsión expresa al respecto tanto en la LSA de 1989, como en la LSRL 1995, como en la propia Ley de Sociedades de Capital -insistimos, ello con carácter previo a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre-, que el texto que sirvió de Anteproyecto de Ley de Sociedades mercantiles sí se previa que *"la persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada" (art. 115.2)]"*.

> Así pues, tras esta reforma, en caso de que la administración sea asignada a una persona jurídica, serán dos los patrimonios que deberán pechar con una eventual responsabilidad de administradores, el de la persona jurídica y el de la persona física designada -al menos de forma incontrovertida en lo que respecta a la acción social *ex* art. 238 y la acción individual *ex* art. 241 TRLSC por encontrase así positivizado[221]- y ello, además, de forma solidaria, sin perjuicio de las eventuales y posteriores acciones de repetición que puedan ser ejercitadas en el ámbito interno.

Ahora bien, expuesto lo anterior, no podemos culminar este análisis del ámbito subjetivo limitándonos a estos nuevos sujetos asimilados sino que, como apunta GARCÍA GARCÍA, E., 2021[222], también deberá tenerse en cuenta que la posible extensión abarca también a los sucesores de los administradores sociales, debiendo tenerse en consideración qué sucede si, ya sea con carácter previo a la interposición de una demanda de acción de responsabilidad del administrador, ya sea durante la tramitación del procedimiento, se extingue la persona jurídica administradora o fallece la persona física.

Pues bien, la respuesta a tales supuestos debe partir del hecho de que este tipo de acciones no se engloban dentro del catálogo de acciones de carácter personalísimo y, por ende, las obligaciones de ellas derivadas se transmiten a sus sucesores y herederos, debiendo tenerse en cuenta que en caso de que el procedimiento estuviese ya iniciado, se deberá acudir a las reglas de la sucesión procesal contenidas en el art. 16 LEC.

---

[221] Como será objeto de análisis *ut infra*, aun cuando tal previsión no se ha extendido expresamente a la responsabilidad *ex* art. 367 TRLSC, una revisión de la práctica forense evidencia una tendencia jurisprudencial mayoritariamente partidaria de su aplicación también en tales supuestos, extremo éste no obstante no exento de controversia que, entendemos, deberá ser resulto por nuestro Alto Tribunal o, en su defecto, aclarado o regulado por mor de una más que deseable reforma legal.

[222] GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», *cit.,* pp. 3283-3285.

A este respecto y, si bien el caso de fallecimiento de las personas físicas ofrece una respuesta clara y unificada en las normas que regula la sucesión *mortis causa* en nuestro Código Civil, en el supuesto de extinción de la persona jurídica habrá que estar al supuesto concreto que llevó a su extinción para poder determinar qué posibles sucesores responderían (*v.gr.,* habrá que determinar si se ha liquidado atendiendo a la normativa societaria, si se ha llevado a cabo un procedimiento de modificación estructural, etc.), a fin de poder conocer las especificas reglas que, en caso, resultan de aplicación.

b) Especial reflexión en torno a la persona designada representante del administrador persona jurídica y su controvertida pretendida aplicación en la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC

Como ha sido ya apuntado, el artículo 236 TRLSC, bajo la rúbrica de *"Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad"*, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, extiende expresamente el régimen de responsabilidad no solo a la persona jurídica que pueda ser nombrada como tal *ex* art. 212 TRLCS, sino también a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, cuya designación es además obligatoria por mor de lo dispuesto en el art. 212 *bis* TRLSC.

De esta forma, y aun cuando la práctica forense evidenciaba los reiterados intentos de hacer pechar a la persona física designada con la responsabilidad tratando de acudir a la figura del administrador de hecho[223], tal posibilidad debía considerarse vedada a nuestro juicio -al menos como regla general-, tal y como así fue ratificado por la paradigmática Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno)[224] al

[223] Algo que, en todo caso, presentaba grandes reticencias al no poder efectuarse una automática equiparación entre ambas figuras claramente diferenciadas. *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 71/2015, de 25 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Forgas Folch) (JUR\2015\115533) (ECLI: ES:APB:2015:2088).

[224] Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno) (RJ\2018\788) (ECLI: ES:TS:2018:716).

"señalar que, por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley"[225].

Sin embargo, y pese al júbilo que para muchos supuso esta nueva previsión contenida en el art. 236.5 TRLSC, al haberse acogido con la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, una de las más aclamadas peticiones de la doctrina para permitir sin ambages la extensión subjetiva de la responsabilidad societaria de los administradores a la persona física designada para el desempeño de estas funciones por la persona jurídica administradora, lo cierto es que ésta no estuvo extensa de críticas y discusiones en lo que respecta a su ámbito de aplicación.

En tal sentido, y sin perjuicio de la particular controversia que presenta la pretendida aplicación de esta extensión en sede concursal -la cual será objeto de específico estudio en el Capítulo Quinto del presente trabajo dadas las particularidades que ésta presenta-, debe significarse aquí que el silencio del legislador al regular la responsabilidad solidaria por deudas *ex* art. 367 TRLSC ha dado lugar a diversas interpretaciones al interrogante que de dicho silencio se desprende: ¿es responsable también esta persona física designada de la responsabilidad por no disolución del art. 367 TRLSC?

La respuesta a esta cuestión, entendemos, ni es sencilla ni tampoco pacífica a día de hoy.

Así, quienes abogan por rechazar tal extensión se apoyan en la propia literalidad del precepto, que no prevé tal extensión ni, consideran, ésta puede ser extendida por ser una

[225] Criterio jurisprudencial que fue objeto de crítica no obstante por parte de la doctrina. En tal sentido, FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores» *cit*., afirma respecto de esta conclusión que, a su juicio *"adolece de maximalista: ello será así siempre que las personas físicas representantes de las personas jurídicas administradoras se limiten a actuar como tales, pero si se extralimitan de su representación, no veo qué obstáculo existe para apreciar la figura del administrador de hecho"* (p. 5054).

norma represiva por mor de lo dispuesto en el art. 4 CC. Nótese, a este respecto, que el art. 367 TRLSC solo hace pechar de esta responsabilidad expresamente a "*los administradores",* algo que en todo caso parece además lógico por cuanto solo el administrador de derecho se encuentra formalmente facultado para cumplir con los deberes impuestos en caso de concurrir causa de disolución, si bien tanto la doctrina (*v.gr*. SÁNCHO GARGALLO, I., 2016[226], BRENES CORTÉS, J., 2017[227] y FUENTES DEVESA, R., 2021[228]), como la jurisprudencia parece que mayoritariamente defienden su extensión restando importancia al hecho de la literalidad del art. 367 TRLSC no lo especifique, por cuanto la persona física designada se encuentra sometida a los mismos deberes societarios que los administradores y, por ende, bajo esta tesis extensiva, aquellos también deberían responder en análogos términos en caso de su incumplimiento.

Así, si acudimos a lo que determina la doctrina mayoritaria más reciente, vemos cómo esta se decanta por la extensión de la previsión del art. 236.5 al 367, ambos del TRLSC.

En tal sentido se pronuncia, entre otras, la reciente Sentencia núm. 610/2024, de 14 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Sans Sánchez)[229], en la que se determina, en contra del criterio del Juzgado *a*

---

[226] SANCHO GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en *AA.VV. Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código del Buen Gobierno de febrero de 2015 (Dir. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUIJANO GONZÁLEZ, J., y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. por RONCERO SÁNCHEZ, A.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2, 2016 (Tomo II), ISBN 978-84-9099-513-6, pp. 613-633.

[227] BRENES CORTÉS, J., «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de derecho de sociedades,* ISSN 1134-7686, Nº 50, 2017, pp. 113-152.

[228] FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores» *cit*., pp. 5053-5055.

[229] Sentencia núm. 610/2024, de 14 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Sans Sánchez) (ECLI:ES:APT:2024:1681): "*La acción que la sentencia estima parcialmente es la fundada en el art. 367 LSC, y respecto de esta acción la Sala considera que la legitimación pasiva "ad causam", en casos del art. 212bis.1 LSC, alcanza solidariamente tanto a la persona jurídica administradora como a la persona física designada por ésta*

quo (Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Tarragona), que *"la responsabilidad solidaria por deudas del art. 367 LSC, cuando el administrador de la sociedad deudora es una persona jurídica, alcanza solidariamente tanto a ésta como a la persona física que designó para el ejercicio de las funciones del cargo de administrador"*.

Y, en el mismo sentido encontramos la Sentencia núm. 13/2024, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor)[230].

En nuestra opinión, esta controversia debería ser resuelta por nuestro legislador mediante la positivización de la postura que, verdaderamente, sea la que considere oportuno adoptar ya que, si bien es cierto en el caso de la extensión subjetiva al supuesto del art. 367 TRLSC podría considerarse como la más acorde al espíritu de la normativa societaria, no lo es menos el hecho de que una aplicación o interpretación extensiva de una norma que implica un mayor régimen de responsabilidad presenta graves problemas en atención a

para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador. En este sentido resuelve, por ejemplo, la SAP Valladolid nº 281/2019, de 9-7-2019, con un criterio que asumimos: "Se regula de esta manera la responsabilidad de la persona física designada como representante de una persona jurídica administradora, figura contemplada expresamente en el apartado 1 del art. 212 bis LSC y art. 143 RRM. La nueva previsión normativa permite una plena equiparación a efectos de responsabilidad entre el administrador y la persona física representante de la persona jurídica administradora en lo que a deberes y responsabilidad por el incumplimiento de tales deberes sociales corresponde. En este concreto aspecto, aunque solamente sea a efectos obiter dictum, discrepamos de las reflexiones alcanzadas por el juez a quo en relación con la imposibilidad de aplicar esta responsabilidad por deudas sociales a la persona física designada conforme al art. 212 bis LS pues, más allá del encuadre sistemático de la norma, abogamos por la extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de administradores por deudas sociales a las personas físicas designadas por encontrase estas, ex art. 236.5 LSC , sometidas "a los mismos deberes" y debiendo responder solidariamente con la persona jurídica administradora. Dentro de estos deberes no parece dudoso que deberemos incluir, no solo los generales de los arts. 225 y ss LSC, sino también los más específicos de los arts. 365 y 366 LSC en relación con las causas legales de disolución" (...) Por lo tanto, en este punto el recurso de apelación también se estima y consideramos, en contra del criterio de la Juez "a quo", que la responsabilidad solidaria por deudas del art. 367 LSC, cuando el administrador de la sociedad deudora es una persona jurídica, alcanza solidariamente tanto a ésta como a la persona física que designó para el ejercicio de las funciones del cargo de administrador."

[230] Sentencia núm. 13/2024, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor) (JUR\2024\87181) (ECLI: ES:APB:2024:311).

los principios que rigen en nuestro Ordenamiento Jurídico, estando vedada *ex* art. 4 CC la aplicación extensiva de normas como la que nos ocupan por cuanto es una norma represiva de ilícitos civiles.

Por ello entendemos que esta discusión doctrinal debería hacer al menos reflexionar a nuestro legislador sobre la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa que aclare esta cuestión ya que, de lo contrario, nuevamente el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE se podría ver quebrantado.

2.2.2 La responsabilidad solidaria en el ámbito societario de los miembros del órgano de administración. Posible ejercicio posterior de la acción de regreso

Consideramos necesario continuar nuestro trabajo realizando una especial referencia a la expresa previsión que se contiene en art. 237 TRLSC a fin de regular, en caso de existir un órgano de administración plural, qué reglas resultan de aplicación en materia de responsabilidad societaria del mismo[231].

En tal sentido, el referido art. 237 TRLSC establece el carácter solidario de esta responsabilidad para aquellos supuestos en los que nos encontremos ante un órgano de administración plural, susceptible no obstante de admitir la debida individualización en caso de ser posible, al indicar que la totalidad de los miembros de órgano de administración que hubiesen adoptado el acuerdo o llevado a cabo el acto que se preceptúa como lesivo, "*responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél"*.

[231] Nótese en este sentido que, aun cuando también existe cierta controversia respecto de la extensión o no de esta solidaridad a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC, parece que mayoritariamente nuestros tribunales se han pronunciado a su favor, considerando que el ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria del art. 237 TRLSC abarca también el ámbito de esta última. Vid., entre otras, la Sentencia núm. 519/2017, de 24 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Vicente Bobadilla) (JUR\2018\34482) (ECLI: ES:APM:2017:16093).

Esta solidaridad que se presume, por tanto, como opción legislativa, apuesta por el mayor régimen de protección de aquel que ha sido dañado gozando con ello de las tradicionales facultades del *ius eligendi*[232] y del *ius variandi* hasta el completo pago de lo reclamado que le confieren los arts. 1.144 y 1.145 CC[233]. Ahora bien, ello no debe hacernos perder de vista que, como viene sucediendo de los inicios de nuestra legislación societaria en este ámbito (esto es, desde lo preceptuado en la LSA-51), este régimen tiene como principio vertebrador el principio de la individualización de la responsabilidad exigible al administrador social siempre que ello sea posible sin perjuicio de que, encontrándonos además ante un régimen de responsabilidad culpabilístico, la opción elegida por nuestro legislador sea el de establecer una presunción *iuris tantum* -que admite prueba en contrario- de que todos los miembros del órgano de administración participaron en la decisión o acto enjuiciado.

De esta forma, ante el ejercicio de esta acción, será cada uno de los miembros del órgano de administración eventualmente demandados quienes deberán practicar prueba para desvirtuar, a su favor, esta presunción, como vía de exoneración de su posible responsabilidad. No obstante, debemos tener presente que, dada la amplitud de los términos en los que aparece recogido además este artículo 237 TRLSC, será en ocasiones

---

[232] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 425/2018, de 22 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Corral Losada) (JUR\2019\130286) (ECLI: ES:APGC:2018:3055).

[233] *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Heredia del Real) (JUR\2023\70998) (ECLI: ES:JMIB:2021:15811): *"la práctica judicial ofrece supuestos limites, como aquellos en los que aun con precisión del acto ilícito y la relación causal con el daño, no resulta identificado ninguno de los administradores y, sin embargo, la demanda se dirige solo contra uno de ellos. Que no exista margen de duda sobre que todos los miembros del órgano de administración hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, dado el régimen de solidaridad que establece el artículo 237 LSC y el juego de acciones de regreso que brinda el ordenamiento jurídico y la falta de extensión de la cosa juzgada a los no demandados, podría justificar un juicio favorable de adecuación con el acuerdo y de suficiencia de éste. A fin de cuentas, cuando del acuerdo sometido a junta se evidencie que es voluntad de la junta general la exigencia de responsabilidad solidaria de todos los administradores o miembros del consejo de administración que adoptase el acuerdo, sería de aplicación la regla del ius variandi hasta la plena satisfacción y, por tanto, sería discutible que si el acto ilícito estuviera precisado no fuera procedente admitir la suficiencia del acuerdo y la legitimación activa por sustitución del socio si dirigiera la demanda solo contra uno de los administradores".*

difícil exonerarse de ella aun cuando el comportamiento no hubiese sido activo ya que, en todo caso, se le podría extender la responsabilidad si quiera por sus posibles funciones de supervisión de la actividad del resto de miembros del órgano de administración[234].

En todo caso, de la literalidad del propio precepto se pueden resumir esencialmente las siguientes circunstancias que podrían conducir a la exoneración de la responsabilidad de alguno de los miembros del órgano de administración plural *ex* art. 237 TRLSC:

(i) La ausencia de intervención en el acto o acuerdo lesivo, junto con el desconocimiento *[justificado]* de su existencia.

El primero de los argumentos de defensa pasaría por acreditar no solo la ausencia de intervención en el acto o en el acuerdo debido, sino también el desconocimiento de su existencia. Ahora bien, este desconocimiento no puede estar amparado por el incumplimiento de otros deberes impuestos al administrador y, por ende, no resultaría suficiente para su exoneración el hecho de que, por falta de la diligencia debida, no hubiese llevado a cabo

[234] *Vid*., en tal sentido, GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad», en *AA.VV*. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3291-3304, p. 3296. En la misma línea, FACHAL NOGUER, N., «La responsabilidad solidaria del órgano de administración plural y la problemática de la acción de regreso entre sus miembros», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 17 (enero-marzo), 2023, pp. 1 a 24 de la edición digital, realiza una completa reflexión respecto del impacto de la delegación en la responsabilidad de los miembros del órgano plural de administración, significando que *"desde el punto de vista de la responsabilidad del consejo de administración, se mantiene incólume, a pesar de la delegación. Aquél retiene la supervisión y el control de las funciones delegadas, mientras que los consejeros delegados y los miembros de las comisiones ejecutivas desarrollan sus cometidos con subordinación a las órdenes e instrucciones que imparte el consejo (STS de 1 de diciembre de 2008)"*, reflexión que completa la autora aludiendo a que *"la culpabilidad, como fuente de responsabilidad, admite dolo o culpa en cualquiera de sus formas -in comittendo, in omittendo, in vigilando, in eligendo, in instruendo-, que se aplicarán en función de la estructura interna del órgano, la gravedad del comportamiento negligente y de la naturaleza de la diligencia exigida"*. (p. 3).

adecuadamente las funciones de su cargo de conformidad con el fiel respeto a lo dispuesto en el art. 225 TRLSC[235].

(ii) La oposición al acto o acuerdo lesivo.

Cuando sí que se tiene conocimiento del acto o acuerdo lesivo, la primera de las posibles actuaciones a realizar por el miembro del órgano plural de administración para poder exonerase de responsabilidad pasa porque se oponga expresamente a él.

La literalidad del precepto es clara y no deja lugar a dudas de que en este caso deberá llevarse a cabo una actuación activa de oposición, sin que basten conductas "suavizadas" como podría ser la mera abstención o el voto en blanco en una votación[236], en cuyo caso, a fin de poder desvirtuar la presunción del art. 237 TRLSC, se aconseja hacer constar la oposición por medios fehacientes (*v.gr.,* continuando con el ejemplo, si se trata de la adopción de un acuerdo, hacer lo diligente por parte del administración sería votar en contra y hacer constar en el acta su oposición).

(iii) El intento de evitación del daño.

En aquellos supuestos en los que el miembro del órgano de administración plural era conocedor del acto o acuerdo lesivo, la segunda de las posibles vías que tendrá para exonerarse de responsabilidad (la primera es la anteriormente referida *ut supra* oposición al acto o acuerdo), pasa porque

[235] *V.gr*., si injustificadamente el administrador decidió no acudir a la sesión programada en la que se adoptó el acuerdo, entendemos que su desconocimiento de lo adoptado en ella no podrá operar como circunstancia que le permita exonerarse de su responsabilidad *ex* art. 237 TRLSC.

[236] QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1700-1707, p. 1707.

> lleve a cabo actuaciones que tengan por fin intentar evitar que se produzca la consumación de daño.
>
> En este sentido, aun cuando la casuística de actuaciones que podrían quedar aquí encuadradas puede ser infinitiva[237], como apunta FACHAL NOGUER, N., 2023[238], el supuesto prototípico de este tipo de actuaciones es el de la impugnación del acuerdo acompaña de la solicitud cautelar de suspensión de los efectos.

Ahora bien, expuesto lo anterior, conviene significar, como ha sido apuntado, que este régimen legal de solidaridad establecido en el art. 237 TRLSC debe completarse con la normativa de ámbito general que se contiene en nuestro Código Civil y, en particular, con lo que respecta a sus artículos 1.144 y 1.145.

Así pues, debe tenerse en cuenta que, si bien en el ámbito externo opera la regla de la solidaridad pasiva que ofrece al acreedor las facultades inherentes *ius eligendi* y del *ius variandi*, quedando así facultado para interponer la demanda contra todos o solo contra alguno de los miembros del órgano de administración plural hasta obtener el completo pago de lo reclamado, una vez haya tenido lugar la condena y se haya producido su eventual pago por alguno de ellos, en el ámbito interno se despliegan los efectos del art. 1.145 CC y, por tanto: (1) el pago realizado por alguno de ellos extingue la obligación, (2) el que hizo el pago podrá reclamar al resto de los codeudores la parte que a cada uno le corresponda con los intereses correspondiente y (3) la falta de insolvencia de alguno de los miembros del órgano de administración será suplica por el resto a prorrata.

Ello lógicamente abre la puerta a que, en este ámbito *ad intra* del órgano plural de administración, entre en juego la vía de regreso como mecanismo de reclamación a los

---

[237] *V. gr*., convocar una nueva junta para anular el acuerdo previamente acordado, el requerimiento de abstención de ejecución del acuerdo a aquél que va a llevarlo a cabo, etc.

[238] FACHAL NOGUER, N., «La responsabilidad solidaria del órgano de administración plural y la problemática de la acción de regreso entre sus miembros», *cit.*, p. 5.

demás corresponsables evitándose así que se pueda producir un proscrito enriquecimiento injusto[239]. Ahora bien, si en el previo procedimiento no fue parte el miembro del órgano de administración plural frente al que se quiere repetir, entendemos que no operarán los efectos de la cosa juzgada *ex* art. 222.4 LEC aunque sí podría considerase lo decidido en el procedimiento anterior como un precedente relevante a valorar *[que no necesariamente a asumir]* en el segundo.

2.3 PLAZO DE EJERCICIO

2.3.1 La introducción del art. 241 *bis* TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre

La reforma del TRLSC operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, supuso una importante novedad respecto del plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad de administradores -al menos, como resulta ya indubitado a día de hoy, respecto de la acción social y la acción individual de responsabilidad de administradores-.

Así pues, con esta reforma se introdujo en nuestro Derecho de sociedades el nuevo art. 241.*bis* LSC con la finalidad de regular la prescripción de *"la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual"*, indicando expresamente que éstas prescribirán *"a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse"*.

La introducción de este nuevo precepto puso fin al menos a una parte de las controversias que existían en torno al plazo de prescripción de las acciones societarias de responsabilidad de administradores, esto es, al menos a lo que se refería al plazo de ejercicio de la acción individual.

[239] En tal sentido se pronunciaba la ya clásica Sentencia núm. 274/2010, de 5 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (RJ\2010\5025) (ECLI: ES:TS:2010:2884), cuyo razonamiento se reproduce en las sentencias más modernas.

Y es que, recordemos, tal y como ha sido ya analizado en el Capítulo Primero del presente trabajo, a cuyo contenido nos remitimos aquí y damos por reproducido a fin de evitar innecesarias reiteraciones, en el caso de la acción individual además el debate que giraba en torno a su plazo de ejercicio se había encontrado inexorablemente unido años atrás al de su propia concepción como una acción de entidad propia.

Este nuevo art. 241 *bis* TRLSC puso por tanto fin al tradicional debate respecto al plazo de ejercicio de la acción individual de responsabilidad, pues mientras que para las otras dos acciones societarias (la social y la de responsabilidad por deudas) parecía no existir discusión alguna respecto a la consideración de que su plazo de ejercicio quedaba regido por lo dispuesto en el art. 949 C. de Com., respecto de la acción individual nos enfrentábamos a una doctrina jurisprudencial vacilante y con fluctuaciones que derivó en la necesidad de que por parte de nuestro más Alto Tribunal se determinase expresamente en su paradigmática Sentencia núm. 749/2001, de 20 de julio[240], que *"el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 LSA-TR 1989 es de cuatro años del art. 949 CCom".*

En concreto, el art. 949 C. de Com., recordemos, preceptuaba *[y preceptúa]* que "*la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración".*

En cualquier caso, y sin perjuicio de que el nuevo art. 241 *bis* TRLSC vino a unificar con carácter expreso el plazo de prescripción de cuatro años para las acciones social e individual de responsabilidad de los administradores (como veremos a continuación *ut infra*, el silencio contenido en este nuevo artículo respecto de la acción de responsabilidad por deudas generó un arduo debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia), no

[240] Sentencia núm. 749/2001, de 20 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) (RJ 2001\6863) (ECLI:ES:TS:2011:6416). El lector podrá encontrar un completo comentario de esta Sentencia en PADRES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital,* 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN: 978-84-9033-845-2, pp. 212 a 219.

debe perderse de vista que ello lo llevó a cabo incorporando un importante cambio en esta regulación y ello por cuanto, como ya habrá podido advertir el lector, mientras que la aplicación del régimen previsto en el art. 949 C. de Com. derivaba en que *dies a quo* de este plazo de prescripción quedaba fijado por un hecho objetivo como era el del cese del administrador ahora, tras la reforma, éste queda fijado como el día desde que la acción hubiera podido ejercitarse, acogiendo así el principio general *"actio nondum nata non praescribitur"* consagrado en el art. 1969 CC[241].

Ahora bien, coincidimos con GARCÍA GARCÍA, E., 2021[242] en que este cambio legal respecto al inicio del cómputo del plazo prescriptivo de las acciones *[social e individual]* de responsabilidad de administradores, aun cuando se alinea con el criterio general establecido en nuestro Código Civil presenta un posible escenario bañado por una mayor inseguridad jurídica respecto del cómputo de este plazo de prescripción al eliminarse la referencia al dato objetivo del cese del administrador[243], para enfrentarnos a una gran casuística de supuestos que implica la necesidad de determinar en cada supuesto cuándo el perjudicado tuvo conocimiento del daño sufrido disponiendo de los elementos de hecho y de derecho idóneos para poder ejercitar la acción.

En todo caso, expuesto ya lo anterior, como última reflexión, debemos señalar aquí que el plazo fijado por el art. 241 *bis* TRLSC es un plazo de prescripción que, por tanto, *(i)*

[241] El lector podrá encontrar una crítica a la opción adoptada por nuestro legislado al regular el vigente art. 241 bis TRLC en CARRASCO PERERA, Á., «Prescripción, responsabilidad y administradores sociales: la cosa no es como parece», La Ley mercantil, ISSN-e 2341-4537, Nº. 114 (junio), 2024., pp. 1 a 12 de la edición digital, pp. 7.

[242] GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 241 *bis*. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3379-3392, pp. 3383 y 3385.

[243] Respecto del que además ya existía una consolidada línea jurisprudencial que determinaba que en aquellos supuestos en los que el cese no hubiese sido inscrito -pese a no ser la inscripción constitutiva aunque sí obligatoria-, éste no daba lugar al inicio del cómputo del plazo respecto de terceros de buena fe que no conociesen realmente el cese -*vid*., entre otras, la Sentencia núm. 14/2018, de 12 de enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2018\21) (ECLI: ES:TS:2018:66)-.

no puede ser apreciado de oficio, debiendo ser alegado expresamente por el administrador demandando en su escrito de contestación a la demanda *ex* art. 405 LEC para que pueda ser acogido -si se cumplen los requisitos para ello- y *(ii)* puede ser objeto de interrupción con forme a lo previsto con carácter general en el art. 1.973 CC, esto es, por su ejercicio ante los Tribunales *[competentes[244]]*, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor; y ello debiendo tenerse asimismo en cuenta que en este tipo de responsabilidad entran en juego las reglas de la solidaridad que *ex lege* se establece en el ya analizado art. 237 TRLSC para los supuestos de órgano social de administrador plural, por lo que la interrupción de la prescripción

[244] No escapa por tanto a esta posible vía de interrupción la controversia existente en nuestros juzgados y tribunales en orden a determinar si la interposición de una demanda ante un juzgado carente de competencia y jurisdicción surtiría o no efectos interruptivos, cuya respuesta exige el análisis del concreto supuesto enjuiciado para atender a criterios tales cómo, entre otros, si hubo negligencia manifiesta o no en su interposición, debiendo tenerse en cuenta además que esta excepción presenta un carácter eminentemente restrictivo en su aplicación. *Vid*, en tal sentido, el criterio establecido en la Sentencia núm. 623/2016, de 20 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz) (RJ\2016\4956) (ECLI: ES:TS:2016:4539): *"La doctrina de la Sala (STS 2 de noviembre de 2005, Rc. 605/1999) viene manteniendo la idea básica, para la enegesis de los artículos 1969 y 1973 CC , que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981 , 31 de enero 1983 , 2 de febrero y 16 de julio 1984 , 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias. Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuzgada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio). 3.- En atención a lo expuesto, como claramente se desprende de la STC 194/2009, de 28 de septiembre, la cuestión determinante del posible efecto interruptivo de la prescripción no se encuentra en que la reclamación judicial se lleve a cabo ante otra jurisdicción o ante un órgano objetivamente incompetente, cuanto en si esa falta de jurisdicción e incompetencia era patente y manifiesta. Por tanto es clave examinar si la acción ejercitada era manifiestamente improcedente, y para ello resulta esencial tener en cuenta las circunstancias concretas que rodearon su ejercicio, pues se podrá inferir de ellas si la parte conocía de antemano la notoria incompetencia del órgano, si actuó de modo negligente y con una conducta contraria a la lealtad procesal, o desconociendo las indicaciones que algún órgano judicial le hubiese dado sobre el competente para conocer de su reclamación".*

respecto a uno de los miembros por cualquiera de las tres vías expuestas, se extenderá frente al resto).

Asimismo, nos encontramos ante dos posibles supuestos de interrupción de esta prescripción, y ello por cuanto, por un lado, le serán de aplicación también los efectos de la interrupción derivados de la efectiva tramitación de un procedimiento penal que verse sobre los mismos hechos provocando el retraso del eventual ejercicio de la acción societaria, debiendo atenerse en estos supuestos a lo dispuesto en los art. 1.969 CC y 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[245], de aplicación con carácter general a las acciones civiles y, adicionalmente, con carácter específico, habrá que tener en cuenta los efectos regulados en el art. 155 TRLC[246], los cuales derivan en la interrupción del ejercicio

[245] Nótese, no obstante, que tal y como vienen determinando reiteradamente nuestros juzgados y tribunales no todo procedimiento penal será susceptible de interrumpir la prescripción del art. 241 *bis* TRLSC, ya que, si realmente las acciones social e individual pudiesen ejercitarse durante la pendencia del procedimiento penal, éste no sería susceptible de interrumpir la prescripción. *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 413/2019, de 21 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Olga Ahedo Peña) (JUR\2020\57608) (ECLI: ES:JMBI:2019:2858).

[246] En cuyos apartados 3 y 4 se determina lo siguiente: *"3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra los administradores, los liquidadores, la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, y la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, así como contra los auditores de la persona jurídica concursada y aquellas otras cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley. 4. En caso de interrupción, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente a la fecha de la conclusión del concurso".* No debe confundirse este efecto de interrupción de la prescripción en este caso con la posibilidad o no de ejercicio de la acción durante la tramitación del concurso ya que, como veremos, ello no afecta al posible ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores extramuros del concurso. En tal sentido destacamos a aquí lo dispuesto en la Sentencia núm. 237/2014, de 22 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2014\6885) (ECLI: ES:TS:2014:5721), atendiendo al art. 60 LC que, en análogos términos, precedía al actual art. 155 TRLC: *"Sin embargo, la norma procesal no prevé ningún efecto de la declaración de concurso respecto de la acción individual (antes regulada en el art. 135 TRLSA y actualmente en el art. 241 LSC), de tal forma que puede ser ejercitada por los terceros perjudicados, ante el juez mercantil que corresponda, al margen del concurso de acreedores. El hecho de que el ejercicio de esta acción individual no quede suspendido como consecuencia de la declaración de concurso no significa que no alcance a esta acción el efecto de la interrupción de la prescripción. La interrupción de la prescripción no va ligada necesariamente a la suspensión o paralización de la acción, siendo posible que estando interrumpida la prescripción pueda ejercitarse 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*

de estas acciones y su reinicio en el cómputo a la fecha de conclusión del concurso, cuyos efectos en todo caso serán objeto de detallado análisis *ut infra* en el Capítulo Quinto del presente trabajo.

2.3.2 El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC): el criterio fijado por la Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre de 2023, de la Sala Primera del Tribunal Supremo y su posterior ratificación

Como ya ha sido advertido, con carácter previo a la introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico del referido art. 241 *bis* TRLSC, la doctrina jurisprudencial consideraba que, respecto de las acciones de responsabilidad de los administradores establecidas en la normativa societaria resultaba de aplicación el art. 949 C. de Com., criterio éste que, como ya hemos visto *ut supra*, fue expresamente establecido como fijación de doctrina respecto de la acción individual en la Sentencia núm. 749/2001, de 20 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)[247] y que, con posterioridad, fue considerado también de aplicación por nuestros juzgados y tribunales a la acción de responsabilidad por deudas cuyo estudio aquí nos ocupa[248].

Ahora bien, con la introducción de este nuevo art. 241 *bis* TRLSC cuya literalidad se circunscribía a las acciones de responsabilidad social e individual, respecto de las que además su régimen aun respetado el plazo de cuatro años preceptuado en el art. 949 C. de Com. alteraba el *dies a quo* a partir del cual comenzaba a computarse dicho plazo (en el

caso acreedores de la sociedad, esperen a lo que pudiera acontecer en el concurso, que pudiera afectar al daño o perjuicio susceptible de ser resarcido por los administradores con la acción individual, y también al conocimiento de las conductas o comportamiento de los administradores que pudieran justificar la responsabilidad".

[247] Sentencia núm. 749/2001, de 20 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) (RJ 2001\6863) (ECLI:ES:TS:2011:6416).

[248] *Vid*, entre otras, la Sentencia núm. 184/2011, de 11 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2011\2888) (ECLI: ES:TS:2011:1492) y la Sentencia núm. 389/2016, de 8 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vera Torres) (RJ\2016\2340) (ECLI: ES:TS:2016:2629).

nuevo art. 241 bis TRLSC, desde que la acción hubiese podido ejercitarse y, en el art. 949 C. de Com. desde el cese del administrador), ello produjo una fractura tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de qué sistema debía regir respecto de la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC.

Fueron dos, por tanto, las tesis *[a día de hoy superadas]* que defendían unos y otros:

1. Aplicación extensiva del nuevo art. 241 *bis* TRLSC

   Nos encontramos así con diversos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que, ante la ausencia de norma específica que estuviese prevista para la acción del art. 367 TRLSC, apostaban por extender la aplicación de la novedosa previsión contenida en este art. 241 *bis* TRLSC al defender que, en última instancia, también en esta acción se exigía responsabilidad al administrador por el incumplimiento de sus obligaciones, aunque en este caso, las contenidas en los arts. 365, 366 y 367 TRLSC.

Exponente de esta postura jurisprudencial lo encontramos en la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en sus Sentencias núm. 251/2017, de junio[249], núm. 291/2019, de 20 de febrero[250] y núm. 1669/2021, de 30 de julio[251].

2. Exclusión del ámbito de aplicación de la acción del art. 367 TRLSC y mantenimiento del tradicional régimen contenido en el art. 949 C. de Com.

Frente a la anterior postura, una parte de la doctrina[252], así como también de nuestros juzgados y tribunales, defendían la inaplicación de la nueva previsión contenida en el art 241 *bis* TRLSC al a la acción de responsabilidad por deudas contenida en el art. 367 TRLSC al no haber sido incluida en el catálogo de

[249] Sentencia núm. 251/2017, de 15 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Elena Boet Serra) (JUR\2017\182876) (ECLI: ES:APB:2017:4015): *"El artículo 241 bis LSC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre , por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, establece lo siguiente: "Prescripción de las acciones de responsabilidad.- La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse". El plazo de prescripción de cuatro años que establece el citado art. 241 bis LSC es el mismo que estipula el art. 949 del Código de Comercio (La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración). La diferencia entre los plazos de prescripción establecidos en ambas normas radica en el dies a quo del cómputo. Así, mientras que según la norma del Código de Comercio el plazo se inicia con el cese del administrador, en la norma de la LSC se establece la regla general del art. 1969 Código Civil de la actio nata. De tal suerte, tras la reforma de la LSC el plazo de prescripción con base en el art. 241 bis es el mismo de cuatro años, pero ya no comenzará a contar desde el cese de los administradores sino desde el día en que hubiera podido ejercitarse la acción. El artículo 241 bis LSC, rubricado Prescripción de las acciones de responsabilidad es aplicable a la acción social de responsabilidad del art. 238 LSC, a la acción individual del art. 241 LSC y estimamos que también a la acción del art. 367 LSC, dada la ausencia de una norma específica y por tratarse de una acción de responsabilidad contra los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones, esto es, de las obligaciones legalmente impuestas a los administradores conforme a los arts. 365, 366 y 367 LSC".*

[250] Sentencia núm. 291/2019, de 20 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta Cervera Martínez) (JUR\2019\68274) (ECLI: ES:APB:2019:1216).

[251] Sentencia núm. 1669/2021, de 30 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2021\325642) (ECLI: ES:APB:2021:9497).

[252] GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 241 *bis*. Prescripción de las acciones de responsabilidad», *cit.,* p. 3382.

acciones que sí especificaba el nuevo precepto, motivo por el cual la propia literalidad de la norma hacía imposible, a su juicio, acoger la tesis extensiva.

Reivindicaban además a tal efecto que el régimen de responsabilidad *ex* art. 367 TRLSC no sufrió modificación alguna a este respecto por lo que no cabía, a su entender, más que continuar aplicando la doctrina jurisprudencial que venía existiendo con carácter previo a la reforma y, por ende, debía mantenerse el régimen de aplicación del régimen de prescripción contenido en el art. 949 C. de Comercio.

Clara defensora de esta postura encontramos, entre otras, a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º), tribunal que en reiteradas ocasiones defendió y aplicó esta segunda tesis, siendo un claro exponente de su postura la Sentencia núm. 501/2023, de 7 de julio[253], en la que venía a replicar el criterio que, en todo caso, ya venía defendiendo en sus previas sentencias[254].

Análoga defensora de esta tesis se venía postulando también la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) en sus Sentencias núm. 162/2016, de 31 de

[253] Sentencia núm. 501/2023, de 7 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García) (JUR\2023\357658) (ECLI: ES:APM:2023:12788): *"esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y así en la sentencia de 17 de marzo de 2023, rollo 449/22 , indicábamos que a la acción de responsabilidad por deudas sociales: " ... no le resulta aplicación la previsión del artículo 241 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ya que esa clase de acción no está comprendida en la literalidad de esta última norma que se limita a mencionar las acciones sociales e individual de responsabilidad. Hay que tener presente que el régimen de la responsabilidad solidaria por deudas sociales no sufrió ninguna modificación legal con la reforma de 2014. De manera que resulta de aplicación el artículo 949 del Código de Comercio que señala un plazo de cuatro años desde el cese efectivo en el cargo por parte del administrador"."*.

[254] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 253/2023, de 17 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2023\238356) (ECLI: ES:APM:2023:5769), la Sentencia núm. 335/2021, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Vicente Bobadilla) (JUR\2021\367198) (ECLI: ES:APM:2021:11773) y la Sentencia núm. 498/2018, de 21 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2019\26952) (ECLI: ES:APM:2018:16582).

marzo[255] y núm. 523/2016, de 14 de noviembre[256], así como la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) en su Sentencia núm. 314/2016, de 11 de noviembre[257].

Sin embargo, para sorpresa de la inmensa mayoría de los operadores jurídicos, la postura que finalmente ha sido fijada por nuestro más Alto Tribunal no se decanta por ninguna de estas dos tesis, habiendo fijado un nuevo y específico criterio respecto del plazo de prescripción del art. 367 TRLSC cuyo razonamiento, ya apuntamos, no se encuentra exento de críticas por parte de la doctrina.

Así pues, este esperado criterio unificador de la doctrina jurisprudencial de los tribunales menores se hizo esperar hasta el año 2023 y, cuando lo hizo, llegó cargado de sorpresas, si se nos permite la expresión.

En concreto, fue la Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo[258] la que abordó esta cuestión y, contra todo pronóstico, en ella se optó por acoger un criterio distinto a estas dos tesis que acaban de ser expuestas, fijando así un plazo de prescripción distinto que ahora pasa a estar inexorablemente ligado al de la obligación de la que solidariamente responde junto con la sociedad *ex* art. 367 TRLSC.

Para llegar a este tan novedoso como inesperado criterio jurisprudencial nuestro más Alto Tribunal, en la referida Sentencia -esta sí, realmente paradigmática por cuanto alteró

[255] Sentencia núm. 162/2016, de 31 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Menéndez Estébanez) (JUR\2016\88383) (ECLI: ES:APPO:2016:488).

[256] Sentencia núm. 523/2016, de 14 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez) (JUR\2016\268310) (ECLI: ES:APPO:2016:2255).

[257] Sentencia núm. 314/2016, de 11 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Pañera Usunariz) (AC\2017\393) (ECLI: ES:APVA:2016:1108).

[258] Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2023\403535) (ECLI: ES:TS:2023:4540).

notablemente las reglas de la prescripción de la acción de responsabilidad de administradores por deuda-, se apoya en los argumentos que, sucintamente, exponemos a continuación:

(i) Considera que el criterio que debe primar para determinar cuál es el plazo de prescripción a la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC se encuentra necesariamente ligado a la propia naturaleza de la acción.

(ii) En estos supuestos, el legislador español ha optado por constituir a los administradores en una suerte de garantes solidarios por las deudas sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución -eso sí, solo en aquellos supuestos en los que no da fiel cumplimiento a las obligaciones legalmente establecidas en los arts. 363 y ss. TRLSC-, lo que configura a esta responsabilidad del administrador como una responsabilidad *ex lege* y por deuda ajena.

(iii) La función de los administradores por tanto en lo que atañe a esta responsabilidad *ex* lege por deuda ajena se asimila a la de los fiadores, guardando claras concomitancias con la posición en la que se encuentra el fiador solidario al asumir una función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena (de la sociedad), lo que no obstante en estos casos no surge de un vínculo contractual sino legal, distinto y subordinado por tanto al que originó la deuda que garantiza el administrador con su patrimonio (cual fiador en la fianza); pudiendo en todo caso dirigirse el acreedor, al ser una obligación solidaria, frente a cualquiera de ellos.

(iv) Por tanto, ese "aval" legalmente impuesto posiciona al administrador como garante personal y solidario de las obligaciones de la sociedad que nazcan con posterioridad a la causa de disolución si no dan cumplimiento a las obligaciones societarias que los arts. 363 y ss. TRLSC le imponen.

De esta manera nuestro más Alto Tribunal, sobre la base de estos razonamientos, llega a conclusión de que:

– El plazo de prescripción aplicable a esta acción no puede ser el del art. 241 *bis* TRLSC introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por cuanto la debida interpretación literal de la norma, en línea con el resultado que se obtendría igualmente por su interpretación sistemática *ex* art. 3.1 CC, excluye su aplicación.

  A este respecto consideramos oportuno significar que, a criterio de nuestro Tribunal Supremo, resulta determinante el hecho de que el art. 241 *bis* TRLSC se encuentre incluido en el Capítulo V dedicado a *La responsabilidad de los administradores*, del Título VI, encargado de *La administración de la sociedad*, mientras que, por su parte, el art. 367 TRLSC lo está en el Capítulo I, *La disolución,* Sección 2ª, *Disolución por constatación de causa legal o estatutaria,* del Título X encargado de regular la *Disolución y liquidación.*

  Tal criterio, aunque *[al menos por ahora]* formalmente está circunscrito a la esfera de la prescripción aplicable a la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC, consideramos que podría resultar determinante y, quizás, "anunciador", si se nos permite la expresión, de cuál podría ser la postura de nuestro más Alto Tribunal respecto de la controversia que existe, como ha sido ya previamente analizado, por quienes abogan por una interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 236.5 TRLSC a la acción de responsabilidad por deudas como vía para poder exigir también esta última responsabilidad a la persona física designada por la persona jurídica administradora[259].

[259] Reflexión ésta que consideramos también debe hacerse extensiva a la controvertida aplicación de este art. 236.5 TRLSC a la sección de calificación concursal pese a la literalidad de lo dispuesto en el art.

En todo caso, y retornando al novedoso criterio jurisprudencial contenido en esta Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, conviene significar asimismo que, como argumento *ad extra* para rechazar la aplicación extensiva del art. 241 *bis* TRLSC se destaca la diferente naturaleza que presentan las acciones social e individual -acciones de daños- respecto de la acción de responsabilidad por deudas -de responsabilidad por deuda ajena con presupuestos propios-.

– Tampoco considera nuestro más Alto Tribunal que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, pueda continuar considerándose de aplicación a la acción de responsabilidad por deudas lo preceptuado en el art. 949 C. de. Com., considerando sin mayor argumentación ni, tampoco, detallada explicación de por qué considera que, tras la introducción del art. 241 *bis* TRLSC, aquél quedó circunscrito a las sociedades personalistas, reguladas en el Código de Comercio, sin que pueda considerarse desde entonces aplicable a las sociedades de capital.

  No desconocemos que este nuevo art. 241 *bis* LTRLSC quedó configurado como una norma especial para las sociedades de capital pero, ello no obstante, quedó circunscrito como el propio Tribunal Supremo considera a las acciones social e individual de responsabilidad de administradores.

– En última instancia, el plazo de prescripción que sí que debe considerarse de aplicación a la acción del art. 367 TRLSC es la del garante solidario y, por ende, su plazo de prescripción será aquél que, en cada supuesto, tenga la obligación garantizada (la deuda social), lo que dependerá de su naturaleza (*v.gr.* si trae causa de una obligación contractual, o de una responsabilidad

455.2.1º TRLC, cuyo estudio en todo caso será abordado *ut infra* en el Capítulo Tercero del presente trabajo, pero que consideramos cuanto menos controvertida a luz de lo dispuesto en el art. 4 CC.

extracontractual, etc.) lo que, a su vez, convierte en aplicables al administrador idénticos efectos interruptivos de la prescripción que los de la sociedad *ex* arts. 1973 y 1974 CC.

De esta forma, para la determinación del concreto plazo de prescripción para la acción del art. 367 TRLSC que resultaría de aplicación al concreto supuesto a analizar será necesario *(i)* establecer el tipo de obligación que hizo surgir la obligación social, *(ii)* el *dies a quo* del inicio del cómputo de la prescripción coincidirá con el aplicable a la obligación social y *(iii)* la interrupción de la prescripción a cualquiera de los deudores se extenderá a todos, esto es, una correcta interrupción de la prescripción respecto de la sociedad deudora desplegará sus efectos respecto de la prescripción de la acción del art. 367 TRLSC.

Nótese, a este respecto que, si bien a nuestro criterio sí que podría considerase correcta la conclusión alcanzada de aplicación a la acción de responsabilidad por deudas el plazo de prescripción de la obligación de la que solidariamente responde junto con la sociedad *ex* art. 367 TRLSC, como mínimo debería considerarse cuanto menos discutible la segunda de las conclusiones que se alcanzan en esta Sentencia -la relativa a que la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, conllevó que el art. 949 C. de Com. haya quedado automáticamente limitado en su aplicación exclusivamente a las sociedades personalistas-, coincidiendo en este punto con las críticas que a tal exiguo razonamiento están siendo expuestas por parte de nuestra doctrina[260].

[260] FACHAL NOGUER, N., «Problemática actual de la acción de responsabilidad por deudas», *cit.,* pp. 13 y 14 de su edición digital, destaca que: *"Publicada la STS nº 1512/2023, de 31 de octubre, las primeras reacciones y comentarios no se han hecho esperar. La tesis por la que opta esta resolución es sumamente cuestionable, sobre todo si, como vemos, la premisa de la que parte para desvincularse del criterio jurisprudencial consolidado, respecto de la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas, consiste en una afirmación, tan categórica como inmotivada, como la que se hace en relación con el ámbito de aplicación del art. 949 CCom. Sin razón alguna aparente que lo justifique, más allá de la autoridad de la Sala, la resolución comentada dice que, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, el art. 949 CCom quedó circunscrito a las sociedades personalistas. Consecuentemente, y a partir de entonces, las sociedades de capital han quedado al margen de aquel precepto. Empero, si la citada ley*

En todo caso, y con independencia de las diversas críticas que se puedan realizar a esta Sentencia, lo cierto es que a día de hoy éste es el vigente criterio jurisprudencial que ha establecido el Tribunal Supremo con expresa confirmación, en análogos términos, en sus posteriores sentencias (*vid*., entre otras, sus Sentencias núm. 217/2024, de 20 de febrero[261], núm. 275/2024, de 27 de febrero[262] y núm. 1492/2024, de 11 de noviembre[263]).

Fiel reflejo de ello lo encontramos en los cambios de criterio que ello ha supuesto para los tribunales menores, quienes expresamente así lo recogen como obligada aplicación de esta moderna doctrina[264] fijada ya con nitidez *[aunque no exenta de*

es una norma de modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no se llega a entrever cómo pudo servir para acotar el ámbito de aplicación del art. 949 CCom, a las sociedades personalistas, dejando fuera a las sociedades de capital; al menos, claro está, para la acción de responsabilidad por deudas, máxime si, como dijimos, la Ley 31/2014 no introdujo ninguna disposición que regulase la prescripción de esta acción. Se insiste, pues, en que el único precepto que se ocupó de esta materia fue el art. 241 bis LSC, aplicable a la acción social e individual de responsabilidad".

[261] Sentencia núm. 217/2024, de 20 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2024\62950) (ECLI: ES:TS:2024:828).

[262] Sentencia núm. 275/2024, de 27 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR 2024\70706) (ECLI: ES:TS:2024:1002).

[263] Sentencia núm. 1492/2024, de 11 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2024\432174) (ECLI:ES:TS:2024:5503).

[264] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 80/2024, de 29 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR 2024\127859) (ECLI:ES:APM:2024:2439): *[5] El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales del art. 367 LSC (RCL 2010, 1792, 2400) ha sido, ciertamente, objeto de vivas discusiones doctrinales. Esta Sala, como bien señala la sentencia objeto de recurso, se había pronunciado hasta el presente en el sentido de afirmar su sumisión al art. 949 CCom (LEG 1885, 21), que contiene idéntico plazo prescriptivo que el art. 241 bis (cuatro años), pero difiere en el dies a quo; donde el art. 241 bis fija el inicio del cómputo en el momento en que se pudo ejercitar la acción, el art. 949 atiende al cese del administrador. No obstante, en el ínterin del recurso el Tribunal Supremo ha procedido al dictado de la sentencia Núm. 1512/2023, de 31 de octubre, lo que nos obliga a afrontar el recurso aquietándonos a la nueva orientación jurisprudencial en ella dispuesta, aunque suponga apartarnos de lo términos en que se planteó el debate tanto en la primera instancia como en esta alzada. Esta alteración, se avanza, tendrá su reflejo en el pronunciamiento relativo a las costas de este procedimiento. (...) [7] Para fijar el régimen prescriptivo, la Sala Primera atiende a la naturaleza de la acción "tal y como ha sido configurada por la jurisprudencia de esta sala", y, con cita de sus propios precedentes (sentencias 367/2014, de 10 de julio ; 650/2017, de 29 de noviembre; 601/2019, de 8 de noviembre; 316/2020, de 17 de junio; 532/2021, de 14 de julio; 669/2021, de 5 de octubre y 586/2023,*

críticas] por nuestro Tribunal Supremo en su referida Sentencia núm. 1512/2023, de 23 de octubre[265], encontrándonos así ante una aplicación generalizada de la ella[266].

de 21 de abril) concluye, en orden a la responsabilidad ex art. 367 LSC, que existe una semejanza funcional entre los administradores sociales y los fiadores, cuya condición de "garantes solidarios" de las deudas sociales, "guarda concomitancias con la posición jurídica del fiador solidario, al asumir una función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena, si bien en el caso de los administradores esa situación no surge de un nuevo vínculo obligatorio de origen contractual sino legal, distinto aunque subordinado al que originó la deuda que sea causa de esa garantía, sometiendo al patrimonio del administrador (como el del fiador en la fianza) a la eventual reclamación del acreedor en caso de que el deudor principal no haya cumplido antes, sin perjuicio de que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios (arts. 1822 y 1144 CC)". [8] La consecuencia de esa asimilación, advierte el Alto Tribunal, es doble; de un lado, "el plazo de prescripción no puede ser el del art. 241 bis LSC , previsto para las acciones individual y social, que se refieren a supuestos distintos" ; y, de otro, "el plazo de prescripción de la acción del art. 367 LSC es el de los garantes solidarios, es decir, el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.)." [9] "[D]erivadamente -prosigue- le son aplicables al administrador los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serían aplicables a la sociedad, conforme a los arts. 1973 y 1974 CC. Asimismo, el dies a quo del plazo de prescripción de la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora."

[265] Se recomienda la atenta lectura del comentario a esta STS de 31 de octubre de 2023 realizado por GARCÍA-VILLARRUBIA, M., "El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC)", *Almacén de Derecho*, noviembre, 2023, disponible a fecha 25 de diciembre de 2024 en «https://almacendederecho.org/el-plazo-de-prescripcion-de-la-responsabilidad-de-administradores-por-deudas-sociales-art-367-lsc», pp. 1 a 21 de la edición digital, en la que el autor destaca que: *"Por tanto, la solución va más allá de que las acciones de responsabilidad de administradores previstas en la LSC no están sometidas a un único plazo de prescripción. Además, por lo que se refiere a la acción de responsabilidad por deudas sociales, tampoco hay un plazo único, sino que dependerá de la naturaleza de la deuda social de que se trate. Naturalmente, siempre podrá decirse que esto no es sino consecuencia natural de la configuración del régimen de responsabilidad del artículo 367 LSC como un supuesto de solidaridad propia y que, además, unifica el plazo de prescripción de la acción respecto de la sociedad y sus administradores. Pero no cabe duda de que complica las cosas, porque el ejercicio de determinar si la acción está o no viva requerirá analizar en cada caso concreto de qué tipo de deuda estamos hablando. La variedad de supuestos puede ser no menor…"* (p. 12).

[266] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 12/2024, de 27 marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Provincia de Cantabria) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR 2024\125059) (ECLI:ES:JMS:2024:6).

– SEGUNDA PARTE –

RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LA VÍA CONCURSAL

CAPÍTULO TERCERO
LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

Sumario

3.1 MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR. 3.1.1 Consideraciones introductorias. a) Antecedentes. Finalidad perseguida con la sección de calificación. b) Principales novedades introducidas en la sección de calificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. 3.1.2 Reflexiones en torno a la ya extinta *"moratoria concursal"* acordada en tiempos de pandemia. 3.2 LA CALIFICACIÓN CONCURSAL. ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR. 3.2.1 El criterio general de calificación del concurso como culpable regulado en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC): necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave. 3.2.2 Presunciones *iuris et de iure* -denominadas como *"supuestos especiales"*- del art. 443 TRLC (antiguo art. 164.2 LC). 3.2.3 Presunciones *iuris tantum* -denominadas como *"presunciones de culpabilidad"*- del art. 444 TRLC (antiguo art. 165 LC). 3.3 LA CONDENA A INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS *EX* ART. 455.2.5º TRLC (ANTERIOR ART. 172.2.3º LC). 3.4 LA CONDENA A LA COBERTUDA DEL DÉFICIT CONCURSAL *EX* ART. 456 TRLC (ANTERIOR ART. 172 *BIS* LC). 3.4.1 Requisitos para su estimación. 3.4.2 El embargo de bienes y derechos de los administradores como medida cautelar *ex* art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC). 3.5 ÁMBITO SUBJETIVO. 3.5.1 Delimitación subjetiva contenida en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC). 3.5.2 Especial consideración de la figura del administrador de hecho: requisitos jurisprudencialmente exigidos para acreditar su existencia. 3.5.3 Controvertida aplicación del art. 236.5 TRLSC en la sección de calificación en contraposición de lo dispuesto en el art. 455.2.1º TRLC. 3.6 LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA DEL ARTÍCULO 37. *BIS* TRLC: A VUELTAS CON LA ACCIÓN INDIVIDUAL DEL ADMINISTRADOR.

3.1 MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR

3.1.1. Consideraciones introductorias.

a) Antecedentes. Finalidad perseguida con la sección de calificación

La sección de calificación concursal, tras haber visto la luz con motivo de la Ley Concursal de 2003 como una de sus principales novedades, ha sido objeto de recurrentes reformas legislativas[267].

Así pues, y aun cuando la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supuso una verdadera revolución en nuestro Derecho de insolvencias[268], especialmente en materia de calificación, al abandonar con ella la tradicional regulación que partía de una suerte de presunción de fraude en el caso de la quiebra del comerciante para encaminarse a una nueva concepción del procedimiento concursal en el que, antes al contrario, se parte de una presunción de inocencia -la cual, lógicamente, desde sus inicios se configuró como susceptible de ser quebrada en la sección de calificación, además permitirse en todo caso en excepcionales ocasiones, como veremos, la adopción de medidas cautelares para asegurar la posible responsabilidad de los administradores sociales[269]-.

---

[267] El lector podrá encontrar un completo estudio de estas reformas legislativas en SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, núm. Extra 58, 2023, pp. 141-202.

[268] En particular, y por lo que respecta a la novedosa figura de la administración concursal que trajo consigo, puede encontrase un completo análisis de su origen histórico, con referencias a nuestro Derecho comparado en TOMÁS TOMÁS, S., «La administración concursal: origen y evolución histórica», *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 1887-2689, Nº. 13, 2015 (Ejemplar dedicado a: A José Ortiz Díaz (1927-2014) y Manuel Ramón Alarcón Caracuel (1945-2015). *In memoriam*, pp. 259-298. Destaca a tal efeto el auto que *"en coherencia, con el principio de unidad- de disciplina y de sistema- que implantó la LC, la figura de la administración concursal vino a refundir el maremágnum de funciones que en el anterior sistema concursal tenían atribuidos, de una parte, los interventores judiciales en el procedimiento de suspensión de pagos y, de otra, los síndicos, depositarios y comisarios y, en parte, la junta de acreedores, en los procesos de quiebra"* (pp. 295-296).

[269] Previsión que actualmente se contiene, como veremos, en el art. 133 TRLC -anterior art. 48.*ter* LC-.

Reflejo de ello lo encontramos en la reducción a dos de las posibles calificaciones del concurso[270]: *(i)* fortuito, sin consecuencias para el deudor y sus representantes o, *(ii)* culpable, en cuyo caso entrarían en juego las consecuencias especialmente previstas en la norma concursal -actualmente reguladas en los arts. 455 a 457 TRLC[271]-.

Con esta Ley Concursal, por tanto, se abandonó la tradicional trilogía de tipologías de insolvencias que se contenía en la previa normativa de quiebra y suspensiones de pagos, esto es, la insolvencia fortuita, la culpable, derivada de conductas negligentes y la fraudulenta, que traía causa de conductas fraudulentas.

Esta nueva configuración del régimen de responsabilidad concursal nos ofrece una doble finalidad perseguida por la sección de calificación, centrada en analizar cómo debe calificarse la insolvencia del deudor -bien fortuita, bien culpable- para, en caso de que sea culpable, poder establecer, conforme a los parámetros establecidos por nuestro legislador -parámetros que, como veremos, han sufrido diversas modificaciones como consecuencias de las reiteradas reformas de nuestro Derecho de insolvencias-, las consecuencias que deben derivarse de esta eventual culpabilidad.

Pues bien, sin perder de vista que nuestro estudio se centra en los supuestos de concurso de sociedades de capital[272], hay que tener presente que, en lo que respecta a la

[270] La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se apartó (cuestión que además ha permanecido desde entonces invariable pese a las numerosas reformas operadas desde entonces en nuestro Derecho de insolvencias) de la tradición concursal que, en atención a lo preceptuado en nuestro Código de Comercio de 1885, distinguía entre calificación fortuita, culpable y fraudulenta. El lector podrá encontrar un interesante análisis de esta evolución legislativa en SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», *cit.,* pp. 415-416, en el que se significa el abandono con esta nueva normativa de la presunción de que el deudor insolvente había defraudado, bajo el aforismo ya desterrado de *decoctor, ergo fraudator.*

[271] Como analizaremos en el presente Capítulo *un infra*, en caso de que el concurso sea calificado como culpable ello podría conllevar un gravoso régimen de responsabilidad de las personas afectadas por esta calificación, cuya aplicación y alcance podrá ser modulado en función de las específicas previsiones contenidas en los arts. 455 a 457 TRLC y que, ya adelantamos, incluyen previsión es de inhabilitación, pérdida de derechos que pudiesen tener como acreedores, condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del deudor o recibidos de la masa activa, indemnizaciones de daños y perjuicios e, incluso, la condena a cubrir -total o parcialmente- el déficit concursal.

[272] No debe olvidarse que el estudio para por analizar las posibles herramientas de protección que pueden existir a disposición de los acreedores de sociedades de capital insolventes inmersas en un

responsabilidad concursal de los administradores, su finalidad presenta la misma dualidad en su configuración que se predica del régimen de responsabilidad societario[273], y ello por cuanto: *(i)* por un lado pretende disuadir a los administradores -así como también a aquellos otros sujetos que puedan verse afectados por la sección de calificación-, de realizar actuaciones reprobables -dolosas o gravemente culposas- que puedan generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad deudora y *(ii)*, por otro, configurar un mecanismo *ad extra* de protección para los acreedores sociales en la medida en que, a la vista de las consecuencias patrimoniales que puede suponer la calificación de culpabilidad para las personas que por ella puedan verse afectadas, entre las que destaca incluso el más severo régimen de condena contenido en la eventual condena al pago -total o parcial- del déficit concursal, este régimen supone incrementar sus posibilidades de cobro.

Nótese, en este sentido, que han sido numeras y, muchas de ellas, de gran calado, las sucesivas reformas que hemos vivido en el Ordenamiento Jurídico español en el ámbito de nuestro Derecho de insolvencias[274] y es que, como han apuntado las voces más autorizadas de nuestra doctrina, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aun cuando vino a derogar -ello lógicamente de la mano de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial- el arcaico Derecho concursal vigente en aquel momento, cuyo protagonismo recaía en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 sin perjuicio de la dispersión normativa que debían sufrir

procedimiento concursal, especialmente en lo que a la acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC se refiere, motivo por el cual no incluiremos aquí el análisis de la normativa concursal que se encarga de regular los concursos de personas físicas. Por el mismo motivo, nos centraremos en las consecuencias patrimoniales que pueden sufrir las personas afectadas por la calificación -más allá de que, en todo caso, como ha sido apuntado éstas no son las únicas, por cuanto *ex* art. 455.2.º TRLC puede acordarse la inhabilitación de las personas afectadas-, al ser éstas la que, directa o indirectamente, se muestras susceptibles de proteger las posibilidades de cobro del acreedor social de la empresa insolvente.

[273] Cuyo análisis ha sido ut supra realizado en el Capítulo Primero del presente trabajo.

[274] Como nítidamente apuntan SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «El concurso de acreedores», en *AA.VV. Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.J.)*, Aranzadi La Ley, 2024, Vol. 2, 2024, ISBN 978-84-1078-314-0, pp. 551-568, p.557, *"se ha dicho que la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas".*

los operadores jurídicos, pronto se evidenció insuficiente para poder solventar el nuevo escenario económico de crisis mundial desencadenada en el año 2008 tras solo cuatro años de vigencia de una norma que había sido diseñada en tiempos de bonanza[275].

Pues bien, de entre las numerosas y reiteradas reformas legislativas que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, afectaron a la sección de calificación, podemos destacar si quiera sucintamente los ámbitos que fueron objeto de las principales reformas operadas por[276]:

(i) La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal

Esta reforma presentó tres bloques de modificaciones que afectaban a la sección de calificación: *(a)* respecto de su tramitación, mejorando el nivel de información previo a la emisión de los respectivos informes e incluyendo así mismo en su ámbito subjetivo la figura del *"apoderado general"*, hoy sustituido ya no obstante por *"el director general"*, *(b)* respecto del contenido de la sentencia, incorporándose nuevas reglas de aplicación a la sanción de inhabilitación y *(c)*, respecto de la cobertura del déficit concursal, dotándolo de una deseada autonomía pasando a regularse en un precepto independiente (antiguo art. 172 *bis* LC, actual art. 456 TRLC) del de la propia sentencia de calificación, dada la complejidad que esta sanción lleva aparejada, zanjándose con su más precisa regulación muchas de las controversias que en torno a ésta giraban, exigiéndose la individualización de la condena en caso de existir una pluralidad de potenciales responsables[277].

[275] MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociale*s, ISSN 1698-5583, Vol. 23, Nº. 1, 2020, pp. 385-430, p. 385.

[276] SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.,* pp. 5-30.

[277] *V.gr.,* tras esta reforma se zanjó la discusión que había respecto del destino que se debía dar a estos fondos, quedando claramente vetada su entrega directa a los acreedores.

Nótese, asimismo, que tal y como será objeto de detallado estudio *ut infra* en el Capítulo Quinto del presente trabajo, esta reforma resulta de vital importancia en nuestro estudio no solo por los cambios operados, en sentido estricto, en la sección de calificación sino también, y muy especialmente, por cuanto con ella el legislador español pretendió establecer un régimen de coordinación *[al menos parcial, como veremos]* con las acciones societarias de responsabilidad de administrador.

(ii) El 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

Esta reforma, marcada por el buscado cambio de rumbo, si se nos permite la expresión, del habitual final liquidatario al que se enfrentaban las empresas que acudían al concurso de acreedores, apostando para ello por llevar a cabo una profunda reforma de las operaciones de refinanciación, no dejó al margen a la sección de calificación.

En concreto, fueron dos los principales cambios que afectaron a esta sección sexta: *(a)* por un lado, se volvió a reformar la eventual condena al déficit concursal incluyéndose la apostilla o aclaración relativa a la tipología de actuaciones habilitantes de esta condena bajo la *ad extra* dicción de *"en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"*, supliéndose así el silencio que al efecto se contenía en el antiguo art. 172 *bis* LC introducido por la previa reforma, en la que ninguna mención se hacía a este respecto -con ello se acogió el mayoritario criterio doctrinal que defendía que el silencio debía ser suplido por la mera aplicación del tipo general de culpabilidad-, lo que no obstante introdujo un nuevo elemento de discrepancia respecto de si ello podía dar lugar o no a una graduación de la condena, así como respecto a cuál era la

naturaleza de esta sanción, considerara como resarcitoria[278] y, *(b)* la introducción de un nueva presunción de culpabilidad para enjuiciar el comportamiento de los socios y administradores en la eventual suscripción de un acuerdo de refinanciación -lo que, además, en última instancia supuso la ampliación del ámbito subjetivo de la sección de calificación al incluir a los socios como posible sujetos afectados por ella-.

(iii) La Ley 9/2015, de 25 mayo, de medidas urgentes en materia concursal

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, ha sido otra de las leyes que protagonizaron una importante reforma de nuestro Derecho de insolvencias; Ley que, además, no se limitó a convalidar el previo Real Decreto-Ley 11/2014, incorporando a nuestro Ordenamiento Jurídico novedosos cambios no solo en lo que respecta al convenio (materia protagonista de esta reforma) sino también, entre otros, en la sección de calificación con el objetivo de poder dotar de un mayor nivel de precisión al conjunto de normas que la conforman.

En este contexto destacamos que: *(a)* se otorgó una nueva ubicación, al menos en parte, a la previa presunción de culpabilidad introducida por el Real Decreto-Ley 11/2014 respecto de la negativa a capitalizar la deuda o emitir valores o instrumentos convertibles en el marco de los acuerdos de refinanciación, aprovechando este cambio para matizar además este ámbito regulatorio incorporando a los socios como posibles autores de la actuación con encaje en esta presunción y se extendió la conducta a enjuiciar al marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos sin limitarse así a los referidos acuerdos de refinanciación, *(b)* se modificó la cláusula general de culpabilidad para integrar en el aquél entonces vigente art. 164.1 LC la negativa de los socios a capitalizar la deuda -dando lugar no obstante a una suerte de duplicidad por cuanto también se preveía como presunción relativa de culpabilidad del antiguo

[278] *Vid*., en tal sentido, la *[no exenta de críticas]* Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256).

art. 165.2 LC y *(c)* se suavizó la presunción de culpabilidad relativa a la falta de asistencia de los administradores o liquidadores a la junta de acreedores en la medida en que se incluyó *ad extra* la previsión de que ello *"siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio"* (antiguo art. 165.1.2º LC, previsión que hoy se contiene en el vigente art. 444.2º TRLC).

(iv) El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Esta larga lista de reformas operadas sobre la Ley Concursal en un plazo, además, tan breve, ofrecía a los operadores jurídicos un texto constantemente "parcheado", si se nos permite la expresión, motivo por el cual en la propia reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se incluye en su Disposición Final Octava una expresa habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley Concursal, autorizándose así al Gobierno para su elaboración en un plazo de doce meses desde su entrada en vigor; habilitación que, en atención a lo previsto en el art. 82.5 CE, incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar -lo que, en nuestra humilde opinión, en puridad debería haber eliminado la innovación legislativa que, finalmente, tuvo lugar en ciertos aspectos del TRLC-.

Ahora bien, como lamentablemente viene siendo habitual, este texto refundido no vio la luz en ese periodo de doce meses, recibiendo al efecto el Gobierno una nueva habilitación en la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, otorgando en esta ocasión idéntica autorización habilitante si bien por un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley -la cual tuvo lugar al día siguiente de su publicación en BOE, publicación que se llevó a cabo el 21 de febrero de 2019-.

En este contexto nos encontramos con la publicación en el BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, como resultado del ambicioso encargo recibido para regularizar, aclarar y armonizar las reglas contenidas en el articulado de la Ley Concursal, lo que nos ofreció nuevo texto en el que se modificaba tanto la propia sistemática de su predecesora ley como la literalidad de sus previsiones con la buscada finalidad de depurar y de eliminar dudas interpretativas que habían sido detectadas tanto por la doctrina como por nuestros juzgados y tribunales[279].

Ahora bien, esta tarea se llevó a cabo siendo conscientes de que este nuevo texto refundido nacía ya con una suerte de fecha de caducidad por cuanto, tal y como se recogía incluso en su propia Exposición de Motivos, éste había visto la luz sin haber finalizado el proceso de reforma del Derecho de insolvencias al tener España todavía en aquel momento pendiente la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio -transposición que, como veremos a continuación, trajo importantísimas novedades de la mano de la Ley 16/2022, de 5 septiembre-, motivo por el cual la pretendida estabilidad y durabilidad en el tiempo de las que debería gozar un nuevo texto refundido quedaba, cuanto menos, tocada *ab initio*.

En todo caso, y por lo que respecta a las novedades que este texto refundido trajo para la sección de calificación, destacamos aquí *(a)* la ya anunciada sustitución del *"apoderado general"* por *"el director"* general como persona afectada por la calificación, con la correlativa inclusión de esta nueva figura dentro del ámbito subjetivo de la eventual condena al déficit concursal y, por ende, también del embargo preventivo del art. 48 *ter* LC, *(b)* se otorgó autonomía a la responsabilidad por daños ex art. 455.2.5º TRLC, configurándose así como una acción autónoma y

[279] MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociale*s, ISSN 1698-5583, Vol. 23, Nº. 1, 2020, pp. 385-430, p. 386.

separada del supuesto de salida fraudulenta de bienes del deudor[280], *(c)* la tipificación de la solidaridad como posibilidad en la condena a la cobertura al déficit *ex* art. 456.1 TRLC -lo que pasó a acompasar, en cierta medida, este régimen con el de la solidaridad previsto *ex* art. 237 TRLSC, como venía siendo defendido por algunas voces[281] y *(d)* la conceptualización del "déficit patrimonial" a los efectos del art. 456.2 TRLC, cuyo *quantum* venía siendo objeto de incesables discusiones, preceptuándose expresamente con esta reforma que *"existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores",* apostándose así por acoger la tesis del déficit originario para esta condena frente a aquellos que defendían para su cuantificación el déficit final o liquidatario[282], lo que no obstante no está exento de críticas en la medida en que, por coherencia, el déficit relevante debería ser el que resultase tras llevarse a cabo las tareas de liquidación y, en su caso, de reintegración de la masa activa, dejando además con esta previsión dentro de esta eventual condena los créditos contra la masa

[280] Lo que zanjó la controversia existente entre la dualidad de tesis interpretativas que existían al respecto, la restrictiva que abogada por delimitar esta indemnización a aquellos supuestos relativos a la obligación de reintegrar los bienes y derechos extraídos de manera indebida del patrimonio del deudor -tesis que, además, parecía inicialmente refrendarse por el propio Proyecto de texto refundido de la Ley Concursal del año 2019- y la extensiva, por la que se convertía esta responsabilidad en un elemento autónomo de la culpabilidad concursal que en modo alguno quedaba limitado a los supuestos de falta de restitución de estos bienes -tesis que, finalmente fue la vencedora en el texto refundido y que, además, era la que ya defendía nuestro más Alto Tribunal [*vid*. la Sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vera Torres) (RJ\2016\3561) (ECLI: ES:TS:2016:3452)]-.

[281] *Vid*., entre otros, MAGDALENO CARMONA, A. y BENEYTO, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, J.M. Bosch, Barcelona, 2015, ISBN: 978-84-9090-047-5, p. 323.

[282] Opción legislativa que, sin embargo, chocaba con el criterio al que parecía atender -conforme a la previa normativa- tan solo unos días más tarde nuestro más Alto Tribunal, quien no había tenido oportunidad de pronunciarse con carácter previo a esta reforma sobre esta controvertida concepción del déficit concursal -*Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 213/2020, de 29 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\1512) (ECLI: ES:TS:2020:1514)-.

pese a que, en muchas ocasiones, cuentan con un gran impacto en el resultado final de la liquidación concursal[283].

(v) La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Siendo ésta la última gran reforma que *[hasta el momento]* nos ofrece la actual configuración de la sección de calificación de nuestro Derecho de insolvencias, consideramos oportuno realizar un análisis más detallado *ut infra*, en el siguiente subapartado de nuestro trabajo.

Ahora bien, expuesto lo anterior, debemos alertar de que estas principales reformas que acaban de ser expuestas no son las últimas a las que nos debemos enfrentar los distintos operadores jurídicos en el campo del Derecho de insolvencias.

[283] Destaca a tal efecto SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.,* p. 16-17, que *"Naturalmente, la existencia de déficit puede conocerse ya desde que la administración elabora su informe ex artículos 289 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal y comunica el inventario y la lista de acreedores. El solo conocimiento de ese déficit en un momento temprano podría, en efecto, operar, más tarde, como presupuesto habilitante para la acción de cobertura del artículo 456 del texto refundido de la Ley Concursal si concurre con los restantes presupuestos. En este sentido, podría no ser necesaria otra referencia distinta del inventario y de la lista de acreedores. Pero, como hipótesis dialéctica, es indiscutible que el déficit inicial puede variar durante el procedimiento, por ejemplo, (i) merced a las acciones rescisorias de los artículos 226 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, que reintegrarían activos a la masa, o (ii) de acciones de responsabilidad por daños y perjuicios contra los administradores societarios ex artículo 236 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital o (iii) lo relativo a la acción de responsabilidad civil por daños derivada del artículo 455.2.5.º del texto refundido de la Ley Concursal, que, a fecha de la sentencia, habrá sido cuantificada, pero no ejecutada, pudiendo igualmente modificar el montante de la masa activa; o, en sentido contrario, (iv) por el mero incremento de créditos contra la masa, que incrementarían el pasivo. Por ello, quizá, sea preferible, en línea de principio, que el precepto se refiera al fallido concursal y no a un déficit inicial. Desde ese punto de vista, consideraría más oportuno tomar como referencia el balance final de liquidación (artículo 390 LSC) y no otro hito distinto",* apostando la autora por las bondades de una eventual sustitución del déficit patrimonial por el del déficit definitivo entendido éste como el fallido concursal, concluyendo que *"por todo lo dicho, de lege ferenda, quizá podría sugerirse otra redacción del artículo 456.2 del texto refundido de la Ley Concursal: "A estos solos efectos, se considerará que existe déficit cuando, concluida la liquidación, el valor resultante de los bienes y derechos de la masa activa según el balance final de liquidación sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos y no satisfechos"*; reflexiones todas ellas que, a nuestro juicio, resultan acertadas y deberían hacer al menos reflexionar al legislador respecto de la opción legislativa por la que optó con motivo de la confección en el año 2020 de este texto refundido de la Ley Concursal.

Así pues, por un lado, contamos ya con la publicación de la recientísima Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia -la cual no obstante no afecta al contenido de la sección de calificación[284]- y, por otro, de mayor impacto, no debe perderse de vista la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia que vio la luz el 7 de diciembre de 2022 -esto es, a escasos meses de la promulgación en España de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre-, por cuanto ésta sin duda cuando culmine su tramitación supondrá una nueva reforma nacional de nuestro Derecho de insolvencias[285].

[284] Nótese, a este respecto, que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, al margen de que ya afecta a cuestiones diversas tales como la retribución de los administradores, la inscripción en los Registros de bienes, dando una nueva dicción a los arts. 86, 415 y 713 TRLC, debe tenerse en cuenta que *[por el momento]*, respecto de la regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, la materia concursal queda excluida de la regulación que a tal efecto ya se contiene en la Ley Orgánica 1/2025, para asuntos civiles y mercantiles, incluidos los transfronterizos.

[285] Esta nueva Propuesta de Directiva, cuyo texto se encuentra a fecha 4 de enero de 2025 disponible en «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0702», la cual ya cuenta con el Informe 7/2023 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 14 de marzo de 2023, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea, en el que se concluye que es conforme al mismo -disponible igualmente a fecha 4 de enero de 2025 en « https://www.senado.es/web/expedientappendixblobservlet?legis=14&id1=173898&id2=4» comenzó su tramitación a finales del 2022 por considerase necesario llevar a cabo la aprobación de una nueva Directiva que redujese las diferencias en el régimen sustantivo del Derecho de insolvencias de los Estados miembros con la pretendida finalidad de establecer estándares comunes, facilitando asimismo la inversión transfronteriza; Propuesta que se configura en torno a tres bloques *(i)* la recuperación de activos del patrimonio concursal, *(ii)* la eficiencia de los procedimientos y *(iii)* la justa distribución de valor entre los acreedores. A este respecto, conviene señalar que, si bien la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, supuso para nuestra normativa la anticipación de algunas de las soluciones que se incluyen en esta nueva Propuesta, lo cierto es que, cuando culmine su tramitación, con total probabilidad será necesario llevar a cabo una *[nueva]* adaptación de la legislación española. Así pues, aun cuando estamos a la espera de conocer el impacto final que esta Propuesta tendrá cuando sea definitivamente aprobada, debemos tener presenta que ésta, al menos en la versión actual, introduciría importantes novedades en nuestro Ordenamiento Jurídico tales como, entre otros, los Comités de acreedores o el acceso a registros para llevar a cabo averiguaciones patrimoniales. En todo caso, deberemos esperar a conocer el texto final de esta Directiva para poder llevar a cabo un completo análisis de la misma.

b) Principales novedades introducidas en la sección de calificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

La "penúltima" de las reformas de nuestro Derecho de insolvencias fue la operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia); reforma que introdujo importantes novedades en la sección de calificación cuya vigencia se mantiene hasta nuestros días[286].

A este respecto, caben ser destacadas a los efectos que aquí nos ocupan las siguientes novedades introducidas por esta Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que afecten especialmente a la eventual responsabilidad del administrador en sede de calificación concursal[287], lo que sorprende teniendo en cuenta la escasa relevancia que a las mismas

[286] *Vid.*, MACHADO PLAZAS, J., «Reflexiones en torno a la reforma de la calificación concursal en la Ley 16/2022», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, ISSN-e 2697-0953, Núm. 8, 2022, pp. 33-47; trabajo en el que autor aborda, de forma crítica y razonada, las modificaciones procesales y sustantivas de la pieza de calificación concursal.

[287] Un análisis completo de las novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que afectan en su conjunto a la calificación concursal puede encontrarse en TAGLIAVINI SANSA, R. y GARCÍA MARTÍN, D., «Novedades en materia de calificación concursal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, Núm. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 203-212. En este estudio los autores analizan las siguientes modificación en materia de calificación: (1) la formación de la sección sexta de calificación, (2) las alegaciones de los acreedores sobre la calificación del concurso, (3) el informe de calificación de la administración concursal, (4) la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal, (5) el informe de calificación de los acreedores cualificados, (6) la tramitación de la formación sexta y el protagonismo de los acreedores; (7) la participación del coadyuvante en la sección de calificación, (8) la supresión de la vista cuando únicamente se propone prueba documental, (9) la transacción en la calificación, (10) especialidades de la formación de la sección de calificación por

se le da en su Exposición de Motivos al indicar que las previsiones de la Directiva 2019/1023 respecto de los deberes de los administradores sociales se encontraban ya implícitos en la normativa vigente, por lo que, a criterio del legislador, con esta reforma no se introdujeron novedades ni el régimen de la acción social ni, tampoco, en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable.

Ahora bien, tras realizar dicha afirmación y reconocer que la Directiva 2019/1023 no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso en la medida en que nos encontramos ante una institución que no encuentra reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (en los que, sin embargo, en contraposición sí se encuentra especialmente desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, como posible vía a cubrir las funciones que en nuestra legislación se buscan con la sección de calificación), lo cierto es que no solo se mantiene la calificación del concurso de acreedores sino que en ella se introducen verdaderamente importantes innovaciones que afectan no solo a la creación de un procedimiento abreviado de calificación del procedimiento especial, sino también en cuanto al régimen general afectando a cuestiones tales como, entre otras, los supuestos que dan lugar a la apertura de la sección de calificación, el informe de calificación, la aceleración de la tramitación de la sección sexta, la expresa posibilidad de alcanzar una transacción en ella y a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal, supresión que no obstante se ve compensada con el contrapunto que supone el nuevo papel protagonista otorgado en esta sección a los acreedores -al menos a los que el legislado considera como más relevantes-, como analizaremos *ut infra* a continuación.

incumplimiento del convenio, (11) modificaciones del contenido de la sentencia de calificación y (12) extensión de la regla de no vinculación a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(i) Formación de la sección de calificación

Una de las principales novedades que presenta esta reforma respecto de la sección de calificación radica en el hecho de que, tras ella, ésta se abrirá con independencia de la solución del concurso.

Se abandona así el régimen pre-reforma por el que la apertura de la sección de calificación quedaba reservada a los supuestos de aprobación de un *convenio gravoso*[288] o de apertura de la liquidación, dejando así de tener su formación un carácter eventual para pasar a la inclusión de un régimen de formación necesaria a excepción, no obstante, de las nuevas reglas de la calificación abreviada para el novedoso procedimiento especial de microempresas -donde queda reservada para la liquidación y su eventual formación a instancias de la administración concursal ex arts. 716 a 718 TRLC- y de lo preceptuado para el concurso sin masa con la nueva regulación dada *ex* arts. 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC, ya que éste podría dar lugar al *[casi]* inmediato archivo del concurso tras el auto de declaración.

Asimismo, su formación se verá adelantada en el tiempo ya que el reformado art. 446.1 TRLC preceptúa que en el propio auto por el que se ponga fin a la fase común, se ordenará la formación de la sección sexta lo que, unido al nuevo art. 296 *bis* TRLSC, ello hará que su formación tenta lugar dentro de los quince días siguientes al de la presentación del informe de la administración concursal -fin de la fase común que conllevará, asimismo, la simultánea apertura de la de la fase de liquidación si ésta no estuviese ya abierta-.

Ahora bien, cuando se adelanta el momento de formulación el informe de calificación por la administración concursal -el cual además deberá ser remitido por correo

[288] Nótese en este sentido que el antiguo art. 446.2 TRLC excluía la formación de la sección sexta en aquellos supuestos en los que se aprobase un convenio en el que se estableciese, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resultase incumplido.

electrónico a quienes hubiesen efectuado alegaciones-, en todo caso, *ex* art. 448.5 TRLC, en aquellos supuestos en los que después de la presentación del informe de calificación la administración concursal tuviese conocimiento de algún hecho relevante sobre esta cuestión, podrá presentar una ampliación de su informe.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta que, con esta reforma, el actual art. 455.4 TRLC nos ofrece una regla especial para aquellos casos en los que se lleve a cabo la formación de la sección sexta por incumplimiento de convenio, preceptuándose al efecto que, en estos casos, la sentencia que declare el incumplimiento del convenio deberá calificarlo como fortuito o como culpable y, en este último supuesto, contendrá, adicionalmente, los pronunciamientos a que se refieren los apartados 1 y 2 del citado artículo -esto es, la causa o causas en que se fundamente la calificación y los pronunciamientos obligatorios para la sentencia que califique el concurso como culpable-.

(ii) El nuevo papel protagonista concedido a los acreedores más relevantes

Esta reforma legislativa apostó por otorgar un papel mucho más protagonista en la sección de calificación a aquellos acreedores que se consideran más relevantes, habiéndose potenciado su actuación otorgándoles tres importantes roles, como así destacan GOMÉZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E. (2023)[289]: *(a)* proporcionar información relevante, *(b)* formular un informe propio de calificación culpable y *(c)* personarse y defender la calificación presentada por la administración concursal, posibilitando la reforma la participación del acreedor como coadyuvante en la sección de calificación.

[289] GOMÉZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E., «El nuevo rol de los acreedores en la calificación tras la Ley 16/2022», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 23 (octubre diciembre), 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.

Como vemos este nuevo sistema deja atrás la limitada actuación que tenían los acreedores, actuación que, tras grandes controversias tanto doctrinales como jurisprudenciales, pudo ser aclarada por nuestro más Alto Tribunal en su paradigmática Sentencia núm. 10/2015, de 3 de febrero[290], en la que arrojó luz de cuál era el alcance que verdaderamente tenía la actuación del acreedor en la sección de calificación rechazando la tesis que algunos defendían extensiva de su actuación por la que pretendían otorgarle el poder de deducir autónomas pretensiones de calificación y condena en sus escritos de personación *ex* antiguo art. 447 TRLC[291], para acoger la tesis restrictiva -y acorde con la propia literalidad de la norma- por la que tales facultades se encontraban reservadas exclusivamente a la administración concursal y al Ministerio Fiscal.

Así pues, con esta Sentencia núm. 10/2015, de 3 febrero, dictada por el la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se aclaró o perfiló, si se prefiere la expresión, el régimen de intervención de los acreedores previo a la reforma que nos ocupa señalando que la opción del legislador era la de otorgarles un régimen especial de intervención al que se le anudaban limitades facultades, siendo así que la legitimación de éstos en la sección sexta: *(i)* era limitada y condicionada, ya que las alegaciones solo debían ir dirigidas en un determinado sentido, esto es, en el de la calificación del concurso como culpable y éstas se configuraban como las primeras en el tiempo al deber formularse antes de conocer los escritos de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, *(ii)* solo la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal podían formular *"propuestas de resolución"* mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, careciendo los acreedores y demás interesados en la calificación para pedir una determinada calificación, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como

[290] Sentencia núm. 10/2015, de 3 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Paipol) (RJ\2015\644) (ECLI: ES:TS:2015:560).

[291] *Vid*., Sentencia núm. 536/2012, de 20 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Francisco Soriano Guzmán) (JUR\2013\59175) (ECLI: ES:APA:2012:4110).

adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, así como para apelar, *(iii)* su intervención se acomodaba a una suerte de intervención adhesiva simple del art. 13.1 LEC, pudiendo una vez iniciado el incidente proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, si bien solo dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el Ministerio Fiscal -únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas-.

Frente a este régimen anterior, ahora los acreedores tienen un mayor peso en la sección de calificación y, de hecho, se adelanta su actuación, por cuanto el nuevo art. 447 TRLC, bajo la rúbrica de *"Alegaciones sobre la calificación del concurso"*, ahora determina que durante el plazo de comunicación de crédito -esto es, un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso- cualquier acreedor o personado en el concurso podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal cuanto considere de relevancia para fundar una eventual calificación del concurso como culpable -ello, lógicamente, pudiendo acompañar al efecto los documentos que considere oportunos-.

En todo caso, la principal novedad no radica en esta anticipación de su actuación con la máxima amplitud al permitirse esta facultad a cualquier personado en el concurso pudiendo hacerlo además extramuros del propio procedimiento concursal a través de la vía del correo electrónico dirigido a la administración concursal, sino en lo preceptuado en el art. 449 TRLC dedicado a regular el nuevo "*Informe de calificación de los acreedores" [cualificados],* en virtud del cual aquellos acreedores que (1) hubiesen realizado previamente alegaciones en favor de la culpabilidad conforme a lo anteriormente expuesto y (2) puedan ser consideramos como acreedores cualificados por representar, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros -ello según la lista provisional presentada

por la administración concursal-, se encontrarán facultados, dentro de los diez días siguientes al de la remisión del informe de calificación del administrador concursal[292] (informe que habrá sido emitido teniendo en consideración las previas alegaciones presentadas por el acreedor, las cuales deberán unirse como anejo al propio informe), para *"presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable"*.

Este cambio de paradigma es sin duda muy relevante por cuanto estos *"acreedores cualificados"* abandonan su previa configuración de meros coadyuvantes para pasar a ser una parte a todos los efectos en la sección de calificación gozando de plena legitimación activa en ella por lo que, aun en aquellos supuestos en los que la administración concursal en su informe *ex* art. 448 TRLC abogase por la calificación del concurso como fortuito, se continuará con la tramitación de la sección sexta si así lo han interesado en legal tiempo y forma estos acreedores cualificados, siendo éste el motivo por el que, como apunta el legislador en la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, ahora éstos se configuran como contrapunto a la supresión del informe del Ministerio Fiscal.

(iii) Tramitación de la sección de calificación. El nuevo papel del Ministerio Fiscal y las reglas de no vinculación de los jueces de lo penal ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa

Como ya habrá podido advertir el lector, como consecuencia inherente a los cambios que han sido ya apuntados relativos al nuevo informe de calificación de los acreedores cualificados y a la supresión del informe del Ministerio Fiscal, ahora con la nueva redacción dada al art. 450 TRLC, el destino de la eventual continuación de la sección de calificación recae actualmente en tanto en el informe de la administración

[292] El informe del administrador concursal que interese la calificación de culpabilidad así como, en su caso, los que presenten los acreedores cualificados, deberá tener la estructura propia de demanda.

concursal como en el de los acreedores cualificados por cuanto si en cualquiera de ellos se interesase la calificación del culpabilidad, ésta continuará con su tramitación legalmente establecida en el citado artículo (tramitación que, sucintamente, puede resumirse en el emplazamiento a los posibles afectados y cómplices para que puedan alegar lo que a su derecho convenga a la vista del contenido de la sección, celebrándose vista dentro de los dos meses siguientes al emplazamiento -vista que, no obstante, podrá quedar dejarse sin efecto por el juez en caso de que la única prueba solicitada fuese la documental-).

Vemos por tanto cómo, si el informe de la administración concursal interesa la calificación como fortuito y no hay *acreedores cualificados* que hubiesen presentado informe -de haberlo presentado, recordemos, solo podría ser interesando la culpabilidad-, el juez, sin más trámites, ordenará mediante auto el archivo de las actuaciones sin que éste pueda ser susceptible de recurso alguno (art. 450.6 TRLC).

Nótese, no obstante, que esta supresión del informe de calificación por parte del Ministerio Fiscal no supone la total erradicación de cualquier intervención por su parte, y ello por cuanto ahora, tras la reforma, adquiere un nuevo papel ya que será el encardo de promover una eventual acción penal de posibles delitos que puedan aflorar de los hechos que se recojan en cualquiera de los informes de calificación, por lo que *ex* art. 450 *bis* TRLC, en caso de que en estos informes se pusiera de manifiesto la posible existencia de hechos constitutivos de delitos no perseguibles únicamente a instancia de la persona agraviada, el juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiese lugar al ejercicio de la referida acción penal.

Ahora bien, deberá tenerse en todo caso presente la clara desvinculación que pretende darse a la sección de calificación respecto de ámbitos como el penal y, también, el contencioso administrativo, motivo por el cual el legislador introdujo en esta reforma en el art. 462 TRLC una expresa regla de no vinculación de los jueces de dichos ámbitos, determinando al efecto que *"la calificación no vinculará a los jueces de lo*

penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito, ni a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado"[293].

(iv) La limitada, aunque expresa, posibilidad de transacción en la calificación

Con esta reforma el legislador optó por positivizar una de las peticiones más aclamadas por algunos de los operadores jurídicos a fin de poder disipar cualquier duda respecto de la posibilidad de llevar a cabo una transacción en la sección de calificación.

Ahora bien, aun cuando el nuevo art. 451 *bis* TRLC ha recogido tal posibilidad, debe advertirse que ésta nace con un carácter limitado por cuanto *(a)* se limita al contenido económico de la transición, quedando excluidos el resto de extremos -*v.gr.* la condena de inhabilitación-, *(b)* los legitimados para alcanzar una propuesta de transacción -pues ésta deberá ser autorizada por el juez- son la administración concursal, los acreedores cualificados que hubiesen presentado informes, las personas afectadas por la calificación y los cómplices y *(c)* se rige por el específico sistema en él regulado

[293] Esta regla se ha establecido con carácter específico para la sección de calificación. Recuérdese, no obstante, que, con carácter general respecto de la tramitación de los incidentes concursales, el art. 543 TRLC, bajo la rúbrica de *"Cosa Juzgada"*, viene a consagrar el carácter plenario del incidente concursal al determinar que, una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada; precepto del que destaca GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Artículo 543. Cosa juzgada. Comentario», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la Ley Concursal (Dir. por VEIGA COPO, A.B. y Coord. por MARTÍNEZ MUÑOZ, M.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2, 2021, ISBN 978-84-1346-439-8, pp. 1132-1133, p. 1133, que *"Por más que el incidente sea un proceso con un alto grado de autonomía respecto del proceso concursal en el que se inserta, en la medida en que de uno y otro conoce el mismo órgano jurisdiccional, resulta un tanto artificioso recurrir a la institución de la cosa juzgada para hacer al juez del concurso estar y pasar por lo fallado en el incidente. Más bien se trata de reconocer que, obviamente, el juez ha de tomar en consideración su propio pronunciamiento, sea o no firme (y mientras no sea revocado por otro dictado en sede de recurso) en el conjunto de las actuaciones que integran el proceso concursal. La prescripción del art. 543, en consecuencia, despliega sus efectos, sobre todo, ad extra del proceso concursal en el que se ha sustanciado el incidente en cuestión. O sea –e insistimos, siempre que coincidan las partes–, en otros concursos de acreedores, o en otros procesos civiles"*.

que pasa, en esencia, porque ésta se lleve a cabo tras la presentación de los correspondientes informes de calificación, esto es, tras la presentación del informe del administrador concursal (fortuito o culpable) y, en su caso, de la eventual presentación de acreedores cualificados (culpable) y, en todo caso, deberá ser objeto de aprobación -que no homologación- por el Juez tras haber dado traslado de la solicitud de autorización al resto de personados en la sección de calificación para que en el plazo de diez días puedan efectuar las alegaciones que a su derecho conviniere. Parece, por tanto, que será el Juez quien deberá decir si la autoriza o no; autorización que, entendemos, podrá producirse aun cuando no exista unanimidad o conformidad de todos los legitimados para transar *ex* art. 451.1 *bis* TRLC en la medida en que, aun cuando la ley guarda silencio a este respecto, lo que sí que hace es prever que aquellos que se hubiesen opuesto a la aprobación de la transacción podrán interponer frente a su eventual autorización recurso de apelación (por el contrario, de no autorizarse, frente al auto que la denegare no cabría interponer recurso alguno).

(v) Las novedades introducidas en la sentencia de calificación

Al margen de las novedades como las introducidas en matera de imposición de costas recogidas en los arts. 455.3.1º[294] y 455.3.2º[295] TRLC y la de la exigencia de notificación a los respectivos registros de la inhabilitación tipificada en el art. 455.2.º

[294] *"3. En materia de costas, serán de aplicación las siguientes reglas especiales: 1.ª La sentencia que desestime la solicitud de calificación del concurso como culpable a solicitud de la administración concursal no condenará a esta al pago de las costas, salvo que concurra temeridad"*, guardando silencio no obstante respecto de qué sucede con la eventual repercusión para los acreedores que hubiesen solicitado la culpabilidad; silencio que podría verse colmado acudiendo a las reglas generales de imposición de costas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[295] *"3. En materia de costas, serán de aplicación las siguientes reglas especiales: (...) 2.ª La sentencia que estime la solicitud de calificación del concurso como culpable no condenará a las personas afectadas por la calificación o declarados cómplices al pago de las costas en que hubieran incurrido los legitimados personados en la sección sexta para defender la calificación del concurso como culpable"*, por lo que, una interpretación *a sensu contrario* de esta específica previsión, podría dar lugar a la imposición de condena en materia de costas a los acreedores (cualificados) que hayan ejercitado la pretensión de culpabilidad.

TRLC[296], se introduce una importante novedad, ya que en lo que respecta a eventuales condenas al pago de los daños y perjuicios a personas afectadas, bien por la calificación, bien por su declaración como cómplice, ahora se determina en el art. 455.2.5º TRLC[297] que ésta puede establecerse *"con o sin solidaridad"*.

(vi) Calificación abreviada con su propia configuración dentro del procedimiento especial de microempresas

Como ha sido ya anticipado y, además, es objeto de específica explicación en la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se ha considerado oportuno incluir en nuestro Ordenamiento Jurídico un procedimiento abreviado de calificación destinado a las microempresas, entendidas éstas *ex* art. 685 TRLC como aquellas que hayan empleado durante el año anterior una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a los trescientos cincuenta mil euros en atención a las cifras que arrojen las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior, debiendo no obstante tenerse en cuenta que, en caso de que forme parte de un grupo, estos criterios se computarán en la base consolidada.

Pues bien, en lo que respecta a este procedimiento abreviado de calificación, debe destacarse que presenta notables diferencias con la sección de calificación, ya que *(a)* la calificación solo podrá abrirse en caso de liquidación de la microempresa, pero no en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación, lo que no obsta a que

[296] Se exige ahora en el art. 455.2.2º TRLC, respecto de la inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período la notificación de la inhabilitación a los correspondientes registros, su notificación a los respectivos registros (Registro de la Propiedad y Registro Mercantil).

[297] *"2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados*".

los eventuales comportamientos antijurídicos que pudiesen haber sido objeto de reproche en la calificación queden impunes en la medida en que, en todo caso, podrán ventilarse en otras instancias tales como, en posibles juicios de responsabilidad o incluso en la vía penal; *(b)* no es obligatoria la apertura de esta abreviada calificación tampoco en caso de culminarse la liquidación en el procedimiento especial ya que para su apertura resultará necesario, como regla general, que soliciten su apertura acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo total, o que lo interesen los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad o, también, cuando lo solicite cualquier acreedor -sin importar su tamaño y tipología- si objetivamente puede considerarse que se ha producido una ocultación o falsificación de la información provista durante el procedimiento especial (*vid*., a tal efecto, los art. 716, 718, en relación con el art. 688[298], todos ellos del TRLC) y *(c)* la calificación en todo caso se llevará a cabo a través de un procedimiento abreviado *ex* art. 717 TRLC, cuyo inicio ni tan siquiera requiere la finalización de las labores de liquidación al poder desarrollarse en paralelo durante el resto del procedimiento, si bien en caso de aún no hubiese sido nombrada una administración concursal sí que deberá procederse a ello ya que nos encontramos con un esquema en su tramitación análogo al que podríamos denominar como "ordinario" o "general".

[298] *"Artículo 688. Presentación de información o documentación gravemente inexacta o falsa.*

1. *El procedimiento especial se calificará como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.*

2. *Si el juez, las partes o, en su caso, la administración concursal, apreciaran la posible existencia de un hecho que ofrezca apariencia de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, se acordará poner a disposición del Ministerio Fiscal el expediente judicial electrónico, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.*

   Se entenderá que se incurre en inexactitud grave cuando el importe total de un ejercicio, del pasivo o el del activo o el de los ingresos o el de los gastos fuese realmente superior o inferior al veinte por ciento del consignado en el formulario, siempre que suponga un importe de al menos 10.000 euros".

Así pues, y por lo que respecta a la tramitación de este procedimiento de calificación abreviado, la regulación contenida en los arts. 717 y 718 TRLC nos ofrece un esquema que nos resulta familiar por cuanto éste principia con la presentación de un informe por la administración concursal en el plazo de veinte días desde la apertura del procedimiento abreviado o desde el nombramiento expresamente realizado a tales efectos, plazo en el que los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y, en todo caso, los acreedores públicos -esto sí que es ciertamente una novedad-, podrán presentar su correspondiente informe.

Ahora bien, si el informe de la administración concursal calificase el concurso como fortuito, salvo que alguno de los acreedores públicos hubiese presentado informe interesando la culpabilidad, el juez ordenará sin más trámites el archivo de las actuaciones sin poder ser objeto de recurso alguno.

Por el contrario, si el informe de la calificación concursal o el de algunos de los acreedores públicos interesasen la calificación como culpable, se dará traslado al deudor y al resto de personas afectadas y cómplices para que acepten o se opongan a la calificación (oposición para la que será preceptiva la intervención de abogado), debiendo convocarse a las partes en su caso en un breve plazo para llevarse a cabo una vista que, en la Exposición de Motivos -aunque no expresamente en el art. 717 TRLC- se configura como telemática, pudiendo no obstante celebrarse *"una vista ordinaria"* cuando se considere necesario para la práctica de pruebas.

Y, en atención a la remisión expresa que se contiene en el art. 718.1 TRLC, deberá acudirse a la regulación del libro primero respecto de las disposiciones generales de la calificación del concurso y de la sentencia de calificación, habiéndose incluido no obstante como especialidad en el apartado segundo del citado artículo que, respecto de las presunciones de culpabilidad, se considerará *ad extra*, sin admitir prueba en contrario, la provisión de información o documentación gravemente inexacta o falta en atención de las previsiones contenidas en el ya referido art. 688 TRLC.

Vemos por tanto cómo, nuevamente, esta penúltima reforma de la normativa concursal operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, trajo importantes novedades, entre otros ámbitos, en el de la sección de calificación[299].

3.1.2 Reflexiones en torno a la ya extinta *"moratoria concursal"* acordada en tiempos de pandemia

Llegados a este punto conviene significar nuevamente que, como ha sido ya anticipado *ut supra* en el Capítulo Primero del presente trabajo, la crisis mundial provocada por el COVID-19 trajo consigo una convulsión en nuestro Ordenamiento Jurídico cuyo inicio quedó marcado por la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuya Disposición Adicional Cuarta el legislador español acordó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.

[299] El lector puede encontrar un análisis histórico de la configuración de la responsabilidad concursal desde sus inicios y hasta nuestros días en QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal: de ayer y de hoy», *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, Nº. 114 (junio), 2024, pp. 1 a 10 de la edición digital, trabajo que el autor culmina con una reflexión que consideramos oportuna significar aquí: *"la responsabilidad concursal sigue siendo motivo de un doble debate abierto, que alcanza no solo a su naturaleza, sino también a la propia coherencia de su existencia. En primero de estos debates ha perdido, ciertamente, intensidad como consecuencia de la propia evolución legislativa, pues si, en un principio, cabía pensar que una responsabilidad que se desencadena como consecuencia de la calificación del concurso como culpable tiene más bien los caracteres de una responsabilidad sancionadora, los elementos que se fueron incorporando en esa evolución, empezando por su propia configuración como condena a la cobertura del déficit concursal y siguiendo por la progresiva causalización en su exigencia, han ido inclinando la balanza hacia la responsabilidad indemnizatoria con bastante claridad. Otra cosa es la habitual crítica a la existencia en sí misma de esta responsabilidad para quienes entienden que la reacción jurídica al concurso culpable debe estar en el ámbito penal cuando concurran los caracteres de los tipos delictivos de la insolvencia punible, y exclusivamente allí, pues mantener la doble dimensión, concursal y penal, siendo así que puede haber efectos concurrentes (la inhabilitación, la pérdida de derechos, la indemnización de daños, etc.), no está lejos de rozar con el «non bis in ídem»".*

Ahora bien, superado este primer impacto, si se nos permite la expresión, entre el desconcierto y el temor vivido en aquellos momentos tal previsión llegó a su fin el 4 de junio de 2020 tras alzarse en dicha fecha la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones en atención a lo dispuesto en el art. 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma.

Sin embargo, no fue este el final del "Derecho excepcional" que marcó, especialmente, el ámbito de responsabilidad de los administradores, dentro del que quedó encuadraba la *[novedosa]* suspensión temporal de la obligación de presentar concurso de acreedores en atención a lo dispuesto por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19; suspensión que, coloquialmente, por todos es conocida como "*moratoria concursal"*.

En particular, esta medida vio la luz por primera vez en nuestro Derecho de insolvencias con esta tan novedosa como excepcional previsión normativa, la cual pese a que inicialmente nació con una previsión de extensión limitada en el tiempo hasta el 14 de marzo de 2021, fue prorrogada *in extremis* el 12 de marzo del citado año cuando, con el objetivo de evitar una avalancha de concursos, el Gobierno acordó en el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE del 13 de marzo), continuar con las sucesivas prórrogas de la suspensión de esta obligación de presentar solicitud de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2021; ello no obstante sin perjuicio de que, a su vez, ésta se volvió a extender, en esta ocasión hasta el 30 de junio de 2022, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

Ahora bien, como algunos venimos advirtiendo de sus inicios, esta moratoria concursal no estaba exenta de riegos, ni mucho menos, para el administrador societario, y es que:

(i) Por un lado, durante un breve periodo temporal la propia dicción de esta normativa provocaba lagunas de riesgo, si se nos permite la expresión. Así, en el Real Decreto-ley 5/2021, se indicaba, respecto de la suspensión de la obligación de presentar concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que conociese la situación de insolvencia (tal y como establecía en aquel momento el Texto Refundido de la Ley Concursal), que éste debía computarse a partir de la fecha de finalización del plazo de suspensión del citado deber mientras que, sin embargo, no parecía coherente que la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que se hubiesen presentado desde el 14 de marzo de 2020 se limitase en el tiempo únicamente hasta el 31 de diciembre de 2021. Esta distorsión entre ambas previsiones normativas provocaba que, por la propia literalidad de la noma, el administrador que decidiese esperar estos dos meses, a nuestro juicio asumía el riesgo que se admitiese a trámite un concurso necesario (ello, claro está, con el impacto que en última instancia ello podría tener en una eventual condena en la pieza de calificación).

En todo caso, dado que finalmente la moratoria concursal se extendió hasta el 30 de junio de 2022 en atención a la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación, este riesgo quedó neutralizado.

(ii) Por otro, con una mayor potencialidad en el riesgo asumido por el administrador social, debía tenerse muy presente que esta moratoria concursal, por su propia configuración, no ofrecía protección frente a eventuales responsabilidades extra-concursales como las societarias que sí permanecían vigentes con la única excepción de la protección conferida respecto del régimen de responsabilidad por deudas sociales de los administradores *ex* art.

367 TLSC por la adicional *"moratoria contable o societaria"* que fue acordada en paralelo respecto de la determinación de la concurrencia o no de causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC extendida -solo ésta- presumiblemente hasta el cierre del ejercicio 2024, si bien recientemente prorrogada hasta el 2026[300]-, como ha sido objeto de detallado estudio en el Capítulo Primero al que aquí nos remitimos expresamente.

(iii) Por último, si cabe más importante en lo que a la responsabilidad concursal se refiere, esta suspensión (que no imposibilidad, insistimos) del deber de solicitar la declaración de concurso podía ofrecer cierta protección al vetar la presunción de culpabilidad del art. 444.1 TLRC en una eventual posterior tramitación de una sección de calificación pero, bajo nuestro criterio, no impedía que la actuación del administrador durante el periodo de moratoria concursal pueda ser objeto de enjuiciamiento bajo la óptica de la cláusula general de culpabilidad del art. 442 TRLC -esto es, determinando si su actuación u omisión, gravemente culposa o dolosa, habría generado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad-; y ello además sin perjuicio de que esta protección, en atención además al propio espíritu de la ley, no debería dar protección alguna a quien ya se encontraba en situación insolvencia con carácter previo a la crisis provocada de la pandemia y no cumplió en tiempo y forma con su obligación de solicitar el concurso de acreedores[301].

---

[300] El reciente Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, a pocos días de su finalización ha acordado extender nuevamente en el tiempo esta moratoria societaria indicando que a estos efectos *"no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026"*.

[301] *Vid*., entre otras, lo dispuesto en la Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Aragonés Seijo) (JUR\2023\329219) (ECLI: ES:JMGI:2023:1278): *"La insolvencia concursal concurría desde antes de iniciarse el impago de obligaciones con la Seguridad Social y del impago del cuarto trimestre del IVA de 2019. Con las medidas extraordinarias acordadas por el Gobierno, Ley 3/2020, RDley 34/2020 y RDL 27/2021; no fue obligatorio presentar la solicitud de concurso o preconcurso hasta el 30 de junio de 2022 y la concursada presentó comunicación de inicio de negociaciones del art. 5 bis el 23/02/2021, y el concurso*

Y es que, como ya fue advertido por las voces más autorizadas, estas moratorias concursal y societaria no debían hacer bajar la guardia a los administradores societarios por cuanto, con independencia de la *[limitada]* protección que podían ofrecer, la realidad es que la situación de la empresa ya fuese de insolvencia, ya fuese respecto de dichas pérdidas, en todo caso, existía y no debía ser olvidada por los administradores a la hora de tomar las decisiones que considerasen oportunas en el diligente desempeño de las funciones de su cargo ya que, a nuestro juicio, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de la toma de decisiones que, en última instancia, pudiese ser objeto de escrutinio tanto *ex* art. 241 TRLSC como incluso en la propia sección de calificación concursal *ex* art. 442 TRLC.

De esta forma, dado que, pese a estas moratorias y sus prórrogas, durante dicho periodo siguió inmutable, en todo caso, el régimen de responsabilidad del órgano de administración social sobre la base del deber de diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 TRLSC) y, desde luego, ninguna justificación podría tener una total posibilidad de falta de reproche de actuaciones que fuesen susceptibles de generar o agravar la insolvencia mediando dolo o culpa grave, ello daba lugar a que:

– Por un lado, el ecosistema normativo vigente en aquel momento dejaba incólume la responsabilidad del administrador por la vía de la acción individual de

fue presentado el 23/07/2021. Como ya se dijo en el apartado 4.2.1 "la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones". Era evidente el desbalance patrimonial en el año 2017 y la concursada no podía cumplir sus obligaciones con terceros, pues los préstamos con sociedades de grupo estaban vencidos, eran líquidos y exigibles y así se puede advertir de la propia contabilidad del concursado. La concursada era perfecta conocedora de esta insolvencia, pues amplió el capital social en 2018 pero no se logró revertir esta situación de incumplimiento de las obligaciones vencidas. Por ello, cuando ya se presentó el preconcurso la insolvencia existía cuatro años antes. Pese a la existencia de una moratoria concursal, si bien referida a la responsabilidad de la Ley de sociedades de capital, como destacó la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid 635/2021, de 28 de octubre (Roj: SJM M 11858/2021) la moratoria concursal regulada por la Ley 3/2020 -tras el Real Decreto Ley 16/2020- no amparaba "comportamientos irregulares de los órganos de administración de compañías que llevaban años atrás arrastrando pérdidas y en desbalance patrimonial y aumentando la deuda social debido a su inacción". Por ello, se incumplió con el deber de solicitar dentro de plazo el concurso de acreedores y el concurso debe declararse como culpable".

responsabilidad de administradores, dotándola así de un renovado protagonismo que se ha traducido en la práctica forense en la existencia ya, a día de hoy, de precedentes jurisprudenciales que avalan esta postura que acabamos condenando *ex* art. 241 TRLSC al administrador societario[302].

– Por otro, la actuación del administrador podría ser objeto de enjuiciamiento *ad extra* en una ulterior tramitación de una sección de calificación concursal a fin de determinar en qué medida el administrador pudo haber contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia de la sociedad administrada durante dicho periodo aun cuando no estaba obligado a solicitar el concurso[303].

Pues bien, ambos riesgos o advertencias se han materializado ya a día de hoy y ello por cuanto no solo contamos con los ya analizados precedentes jurisprudenciales que acogen el éxito de la acción individual *ex* art. 241 TRLC enjuiciando la actuación del administrador durante estas moratorias extramuros del procedimiento concursal sino que, también, recientemente nos encontramos con resoluciones judiciales que enjuician dichas actuaciones en el seno de los concursos de acreedores que están siendo tramitados con posterioridad a estas moratorias por cuanto consideran que, como ya advertimos, siempre, y en todo caso, su actuación quedaría bajo la lupa del escrutinio del criterio general de culpabilidad *ex* art. 442 TRLC y, si esta actuación hubiese generado o agravado la situación de insolvencia de la compañía con dolo o culpa grave, podría enfrentarse el administrador a una clara responsabilidad concursal[304].

---

[302] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. *[sic]/*2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).

[303] La existencia de la moratoria concursal y sus prórrogas no impedía, en todo caso, la posibilidad de que se pudiese solicitar la declaración voluntaria de concurso de acreedores, siendo consideramos lo más recomendable respecto de las empresas que no fuesen viables.

[304] *Vid*., en tal sentido, entre otras, Sentencia núm. 39/2022, de 30 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Leandro Blanco García-Lomas) (JUR\2022\222003) (ECLI: ES:JMMU:2022:4783)*:"la asistencia letrada de PET FUTURE y de doña Berta sostiene que PET FUTURE solicitó el concurso dentro del plazo previsto en la ley, teniendo en cuenta, además, la existencia de la moratoria concursal. 7. En consecuencia, el objeto de la controversia, respecto de la petición de calificación culpable del concurso, ha de ceñirse a analizar el alcance y naturaleza de la*

Nótese en este sentido que, si bien esta advertencia la veníamos realizando desde un ámbito puramente teórico, por cuanto carecíamos de precedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico de medidas como ésta, la realidad es que la práctica forense ha acabo por confirmar su acierto.

Así pues, a fecha actual, contamos ya con resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales que, con la máxima rotundidad posible, acogen esta interpretación conjunta de la normativa para llegar a la conclusión de que, efectivamente, se deben calificar como culpables aquellos concursos de acreedores declarados tras la expiración de la moratoria concursal en los que, si bien el administrador se encontraba protegido por ella de la presunción del art. 444.1 TRLC, si su actuación, aun cuando fuese meramente pasiva por la falta de adopción de medidas adecuadas ante la insolvencia de la sociedad administrada, hubiese generado o agravado la insolvencia con dolo o culpa grave, *ex* art. 442 TRLC.

Como claro exponente de ello consideramos oportuno traer aquí la reciente Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander[305], cuya *ratio decidendi*, a nuestro humilde juicio, se muestra impecable, pudiendo ser ésta sucintamente resumida como sigue:

(a) Por lo que respecta a los antecedentes legales a los que nos enfrentamos tras la declaración del estado de alarma, comienza el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia destacando que *"mediante RDL 463/2020 de 14 de marzo, se suspendieron los plazos y términos procesales. El RDL 8/2020 de 17 de marzo, en su artículo 43 estableció que el deudor que se encontrase en*

cláusula o regla general, así como de las presunciones de los artículos 443 y 444 de la LC y comprobar la certeza del conjunto de hechos esenciales invocados por la AC y el MF a efectos de subsumirlos en la cláusula o regla general, así como en las presunciones invocadas".

[305] Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).

estado de insolvencia no tendría el deber de solicitar la declaración del concurso mientras estuviera vigente el estado de alarma. El RDL 16/2020 de 28 de abril fijó en el 31-12-2020 el límite del plazo de relevación de este deber legal para el deudor en insolvencia (art 11), y esta norma se incorpora en la ley 3/2020 de 18 de septiembre, prorrogándose la moratoria hasta 30 de junio de 2022 (RDL 34/2020, 5/2021 y 27/2021)".

(b) Como consecuencia de este Derecho excepcional, considera el juzgador que *"La norma deroga el deber legal del artículo 5 TRLC, y por lo tanto deja carente de base la presunción iuris tantum de culpabilidad del art 444.1 TRLC".*

(c) Ahora bien, en la medida en que el reproche que se contiene en el informe del administrador concursal en el que se interesa la culpabilidad del concurso no tiene como fundamento dicha pretensión, sino que lo que reprocha es la indebida pasividad del administrador que, pese a no estar obligado a solicitar el concurso, permaneció pasivo frente a la falta de actividad e insolvencia de la compañía, permitiendo con ello un incremento del pasivo que, podría haber sido evitado de haber mediado una actuación diligente -en el caso enjuiciado no instó ni siquiera un expediente de regulación de empleo y tuvo que asumir finalmente la sociedad el coste no solo de las nóminas de los trabajadores sino, especialmente, el derivado de las mayores indemnizaciones laborales a las que la empresa fue condenada a pagar- agravando culposamente la insolvencia, determina el tribunal *"la conducta del deudor puede por tanto examinarse desde la perspectiva del artículo 442 TRLC, es decir, no amparada en la presunción de retraso del art 444.1 TRLC, siempre que cumpla sus requisitos propios".*

(d) Significándose tras ello, que *"la única obligación derogada por la normativa COVID en lo que ahora nos interesa, fue la del artículo 5 TRLC, pero el resto de obligaciones de diligencia del administrador social se mantuvieron.*

> *Ampararse en una normativa excepcional (que permite no solicitar concurso pese a estar en situación de insolvencia, pero no lo impide, obviamente), para permanecer pasivo ante el agravamiento de la insolvencia sin una causa que lo justifique, constituye un comportamiento antijuridico (atenta contra el deber de diligencia del administrador social), que puede generar un daño causalmente relacionado (agravar la insolvencia)",* lo que se apostilla por el juzgador indicando que, por ello, pese a no aplicarse la presunción del art. 444.1 TRLS, sí cabe examinara la eventual culpa grave (o dolo) que hubiera generado o agravado la insolvencia de la sociedad administrada bajo el prisma de la cláusula general del art. 442 TRLC ya que, aun no existiendo obligación de solicitar el concurso lo cierto es que nada lo impedía y, la mera pasividad puede ser calificada como gravemente culposa con su correlativa incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia.

Así pues, bajo este razonamiento, termina calificando el concurso como culpable por considerar que lo que no es admisible, sino revelador de una omisión gravemente culposa infractora del deber de diligencia de los administradores societarios, es su pasividad; pasividad que, en el supuesto enjuiciado, supuso una "pérdida de oportunidad" para evitar el pago de cuantiosas indemnizaciones a los trabajares cuyo *quantum* se habría reducido de haberse acogido, al menos, a un procedimiento de regulación de empleo y, por ende, un agravamiento de la insolvencia.

Esta materializada advertencia deberá tenerse muy presente por cuanto, con el nuevo rol protagonista que, como hemos visto, actualmente tienen los acreedores cualificados en la sección de calificación concursal tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, el riesgo de que se interese la culpabilidad por actuaciones llevadas a cabo

durante la moratoria concursal es alto, tal y como se está evidenciando de la más reciente práctica forense[306].

3.2 LA CALIFICACIÓN CONCURSAL. ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR

3.2.1 El criterio general de calificación del concurso como culpable regulado en el art. 442 del TRLC (antiguo 164.1 LC): necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave

La sección de calificación[307] tiene por objeto principal el análisis de las actuaciones y conductas protagonizadas tanto por el deudor y sus representantes, como de otras personas relacionadas con él, con motivo de la insolvencia de la sociedad, algo que ha permanecido invariable en el tiempo desde la propia entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003[308], ello sin perjuicio de que, como hemos tenido ocasión de analizar *ut supra*, las

[306] Lo que, además, deberá tenerse especialmente presente por los administradores societarios que aún se encuentren amparados por la nueva y excepcional moratoria concursal [delimitada no obstante geográficamente] con motivo de la normativa derivada de la DANA que tuvo lugar el pasado 28 de octubre de 2024 en algunos municipios españoles (*vid*., a tal efecto, los ya referidos Real Decreto-ley 6/2024 y el Real Decreto-ley 8/2024).

[307] Un completo enriquecedor análisis de la responsabilidad concursal y su tradicional configuración puede encontrase en GARCÍA-CRUCES, J.A., «La responsabilidad concursal», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. por CAMPUZANO LAGILLO, A.B. y Dir. por ROJO FERNÁNDE, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9985-071-9, pp. 305-365.

[308] Por su claridad, destacamos aquí por si simplicidad y concreción la descripción que se realiza del objeto de la calificación del concurso en GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), n.º 619/2021, de 22 de septiembre de 2021», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 10, Núm. 1, 2022, pp. 410-415, p. 411: *"La calificación es una sección del procedimiento concursal destinada al análisis de las conductas realizadas por el deudor o por sus representantes durante la gestión de su insolvencia; si el concursado es una persona jurídica, se examinarán las actuaciones de sus administradores, directores generales y apoderados de la entidad".* En la misma línea, MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores, una institución necesaria,* Primera Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 978-84-1309-597-4, 2019, destaca que la sección de calificación se configura como la fase del procedimiento concursal cuyo objeto para por valorar tanto la conducta del deudor, como la de otras personas con él relacionas, a fin de esclarecer si ha mediado (o no) dolo o culpa grave por parte de alguna de estas personas en la causación o agravación del estado de insolvencia.

reglas del juego a tal efecto sí que han sido objeto de reiteradas reformas legislativas hasta nuestros días.

Son por tanto las causas de la insolvencia -las que resulten de aplicación a cada supuesto de hecho en atención a las reglas que determinan la versión de la norma concursal en función del momento temporal analizado- las que deberán ser objeto de análisis en la sección sexta a fin de determinar si el deudor ha actuado -o no- con culpabilidad y, en su caso, se llevará a cabo la depuración de las responsabilidades que resultasen oportunas, determinándose igualmente qué personas deberán ser responsables.

Para ello a lo primero que debe atenderse es a lo dispuesto en el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal en cuyo actual artículo 442, como así lo hacía ya la anterior Ley Concursal, formula el criterio general de calificación de culpabilidad cuando, *"en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones*".

Pues bien, dejando a un lado el actual ámbito subjetivo de este precepto, el cual, como hemos visto *ut supra*, ha sufrido diversas modificaciones con motivo de las reformas operadas sobre esta cláusula general[309] -ámbito subjeto actual que, además, será objeto de detallado estudio *ut infra*-, de lo que no cabe duda es de que la conducta que en este art. 442 TRLC aparece tipificada contiene dos elementos que deben predicarse: *(i)* el elemento objetivo identificado como la actuación u omisión que genere o agrave la insolvencia -entendida ésta conforme a la definición dada en el art. 2.3 TRLC abarcando así situaciones de insolvencia actual o inminente-, pudiendo ser no obstante una de las

[309] *Vid*., a tal efecto, las reformas operadas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo y por el propio texto refundido.

causas que haya llevado a ello, siendo habitual en la práctica que sean varias las causas que hayan derivado en la mala situación de la compañía y *(ii)* el subjetivo, por cuanto es necesario que en esta generación o agravación de la insolvencia haya mediado dolo o culpa grave.

Nótese, a este respecto, el hecho de que nos encontramos ante una cláusula general susceptible de acoger ilimitados supuestos de hecho sin que, por tanto, nos encontremos ante un listado *numerus clausus*[310], como así ha destacado expresamente la doctrina jurisprudencial, siendo no obstante necesario que se predice que la concreta actuación u omisión dolosa o gravemente culposa sea la que, con el debido nexo de causalidad, haya generado o agravado la insolvencia -ya sea por si misma, ya sea en conjunción con otras concausas-.

Ahora bien, no debe pasar desapercibido el hecho de que, si bien en el ámbito subjetivo, se delimita a aquellos sujetos identificados en el art. 442 TRLC tanto al momento de declarase el concurso, como respecto de quienes hubiesen tenido su condición "*de representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales"* en un concreto periodo temporal, el de *"dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso"*, lo cierto es

[310] Destaca en tal sentido la Sentencia núm. 185/2015, de 10 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ\2015\1517) (ECLI: ES:TS:2015:1409) que: *"1. El art. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia. No es que los hechos base que contemplan los arts. 164.2 y 165 LC constituyan un "numerus clausus" de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC , como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso."*

que esta horquilla temporal no se reputa necesaria respecto de la actuación a enjuiciar, la cual podría haberse llevado a cabo en un periodo temporal anterior al de dos años atrás desde la declaración de concurso pero también, incluso, con posterioridad a la misma, donde en el plano teórico cabría pensar en la existencia de actuaciones que pudiesen al menos agravar la situación de insolvencia.

Nótese, en este sentido que, como ya ha sido analizado *ut supra*, es precisamente esta cláusula general la que está sirviendo de prisma para enjuiciar los comportamientos (activos o pasivos) llevados a cabo por los administradores que optaron por acogerse a la moratoria concursal para justificar la no solicitud del concurso de acreedores de la sociedad que administraban pese a que ésta se encontrase en los supuestos de insolvencia del art. 2.3 TRLC, posibilitando así el reproche en la sección de calificación de aquellas conductas que, aun cuando fuesen solo gravemente culposas por la falta de diligencia del administrador en la toma de sus decisiones, generaron o agravaron la situación de insolvencia de la compañía[311].

Asimismo, debe significarse que la carga de la prueba, cuando se pretende la calificación de culpabilidad, recae sobre quien promueve dicha calificación, aunque lógicamente en distinta medida según se base en esta la causa general del citado artículo 442 TRLC o en los supuestos de los arts. 443 y 445 TRLC.

De esta forma, como se ha ocupado de establecer la jurisprudencia, son varios los extremos que se han de acreditar por quien interese la calificación de culpabilidad (con el sistema actual, la administración concursal, los acreedores cualificados o, en el caso del procedimiento de calificación abreviada, también los acreedores de derecho público), para que pueda sustentarse una calificación culpable fundada en este precepto general. Esta doctrina se ha recogido y resumido de forma repetida en muchas sentencias de

[311] Vid., entre otras, la ya referida Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).

nuestros juzgados y tribunales, pudiendo ser aquí citada, por todas ellas, la Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca[312], en la que se identifican con claridad cuatro requisitos que deben ser probados por el instante de la culpabilidad concursal: (1) un comportamiento activo u omisivo del deudor o de las personas identificadas como tales en el art. 164.1 LC (actual 442 TRLC), (2) la generación o agravación del estado de insolvencia, (3) la imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve y (4) el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Como reconoce esta Sentencia, nos encontramos ante un precepto general, actualmente recogido en el art. 442 TRLC, que requiere la prueba cumplida y cumulativa de todos estos puntos, por lo que fundamentar la calificación en dicho precepto resulta por lo general muy complicado, de ahí que la propia normativa concursal añada, en los artículos 443 y 444 TRLC (antiguos 164.2 y 165 LC), un elenco de actuaciones concretas de cuya existencia (en caso de ser probada) hacen presumir, con más o menos intensidad, la culpabilidad, tal y como se destaca expresamente, entre otras, en la Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid[313].

---

[312] Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez) (JUR\2013\206297) (ECLI: ES:APCU:2013:250).

[313] Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2011\186143) (ECLI: ES:APM:2011:3840): *"A la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. La primera y más compleja exige la cumplida prueba de todos y cada uno de los requisitos antes enumerados (164.1 LC), siendo facilitada la prueba del elemento subjetivo a través de las presunciones iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, que admiten prueba en contrario y sólo cubren el elemento del dolo o culpa grave. La dificultad de acreditar los requisitos antes reseñados y de alcanzar la declaración de concurso culpable a través de la transcrita cláusula general, incluso favorecida por las presunciones de dolo o culpa grave, se evidencia por la inclusión en la Ley de un catálogo de presunciones iuris et de iure, las del artículo 164.2 de la Ley Concursal, que permiten o, con mayor precisión, imponen, de concurrir, que "en todo caso" el concurso se declare culpable."*

En el mismo sentido se pronuncian también la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011[314]; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 23 de abril de 2013[315], las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 24 de septiembre de 2007[316], 5 de febrero de 2008[317], 17 de julio de 2008[318] y 30 de enero de 2009[319], así como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 30 de diciembre de 2015[320], entre otras.

Así pues, según tiene reconocido desde hace tiempo la más autorizada jurisprudencia, fundar la culpabilidad en la cláusula general del art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) o, lo que es lo mismo, fuera de las conductas concretas tipificadas en los artículos 443 y 444 TRLC (antiguos 164.2 y 165 LC) resulta la fórmula más complicada y trabajosa para fundar la calificación puesto que requiere la prueba cumplida de los cuatro elementos

[314] Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838).

[315] Sentencia núm. 166/2013, de 23 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Covadonga Sola Ruiz) (JUR\2013\201927) (ECLI: ES:APIB:2013:1071), confirmada por la Sentencia núm. 343/2015, de 5 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ\2015\2508) (ECLI: ES:TS:2015:2970).

[316] Sentencia núm. 175/2007, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2008\95242), confirmada por el Auto de 6 de abril de 2010 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (JUR\2010\131488) (ECLI: ES:TS:2010:4055A).

[317] Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (AC\2008\834).

[318] Sentencia núm. 194/2008, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2008\290874), confirmada por el Auto de 10 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) (JUR\2009\482226) (ECLI: ES:TS:2009:15365A).

[319] Sentencia núm. 17/2009, de 30 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (AC\2009\294).

[320] Sentencia núm. 319/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR\2016\37598) (ECLI: ES:JMMU:2015:3967).

anteriormente citados, máxime cuando, además, en su enjuiciamiento se deberá huir de todo sesgo retrospectivo.

Nótese asimismo que, aun cuando el órgano de administración hubiese llevado a cabo alguna actuación proscrita[321] ello no tendría trascendencia en la sección de calificación si cuando ésta se llevó a cabo la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia a efectos concursales[322].

Son numerosos los precedentes jurisprudenciales que determinan que en los casos en que se pretenda la calificación de culpable por el artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 de la Ley Concursal), recae la carga de la prueba sobre el instante de esta calificación culposa, sin que baste la mera alegación del artículo, no siendo por tanto aceptable que tal supuesta justificación se circunscriba a una mera alegación huérfana de sustento probatorio alguno.

Y ello además debiendo significarse que, en modo alguno, debe confundirse en la sección de calificación la situación de insolvencia a efectos concursales con otras tales como, por ejemplo, la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que hayan dejado reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, tal y como así lo determinó con total rotundidad nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) entre otras, en su Sentencia núm. 122/2014, de 1 abril[323].

---

[321] *V.gr*., una asistencia financiera prohibida.

[322] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 103/2015, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Juan Francisco Garnica Martín) (ECLI: ES:APB:2015:2957): *"lo determinante no es si hubo asistencia financiera sino si en el momento en el que la misma se produjo la sociedad que la prestó se encontraba ya en situación de insolvencia, supuesto en el que sin duda estaríamos ante esta causa de culpabilidad, o bien si no se encontraba en la misma, supuesto en el que no podemos apreciar que concurra el requisito del consilium fraudis".* En la misma línea encontramos la Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo González-Carrero) (AC\2015\898) (ECLI: ES:APC:2015:1479).

[323] Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2014\2159) (ECLI:ES:TS:2014:1368): *"No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les*

3.2.2 Presunciones *iuris et de iure* -denominadas como "supuestos especiales"- del art. 443 TRLC (antiguo art. 164.2 LC)

Fruto quizás tanto de la importancia del bien jurídico protegido como de la dificultad probatoria a la que se enfrentan los instantes de la calificación del concurso como culpable para acreditar el cumplimiento de los cuatro requisitos que, cumulativamente, se exigen para la consideración de culpabilidad por la vía de la cláusula general -recordemos, se exige la acreditación de (1) un comportamiento activo u omisivo del deudor o de las personas identificadas como tales en el art. 442 TRLC, (2) la generación o agravación del estado de insolvencia, (3) la imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, estando excluida la culpa leve y (4) el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia-, el legislador español ha establecido dos tipos de presunciones, actualmente recogidas en los arts. 443 y 444 TRLC, cuya aplicación sin duda ha demostrado en la práctica forense ser de gran utilidad para sancionar actuaciones que el legislador ha considerado merecedoras de ser sancionadas en sede de calificación concursal.

En este contexto y centrando en este momento nuestro estudio en las seis presunciones *ius et de iure* que se recogen en el art. 443 TRLC bajo la rúbrica de *"Supuestos especiales"*[324], en las que el nuevo texto refundido optó por mantener, aunque

imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual".

[324] Respecto de estos supuestos especiales se recomienda el completo estudio realizado por SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 424-444.

reordenadas, las que ya se contenían en el antiguo art. 164.2 LC, conviene significar con carácter previo si quiera a su enumeración que éstas se presentan como una heterogéneo grupo de incumplimientos que, como seguro podrá advertir el lector, no necesariamente conllevan implícita la generación o agravación de la insolvencia pero que, en todo caso, el legislador ha considerado que resultan merecedoras *per se* de la sanción de la culpabilidad concursal[325].

Nos enfrentamos así ante un sistema *ad extra* de imputación objetiva basado en seis conductas claramente tipificadas que pueden ser resumidas como sigue:

1. Alzamiento de bienes *ex* art. 443.1 TRLC (antiguo art. 164.2.4º LC)

   El primero de estos supuestos especiales contemplados por la vigente norma tipifica aquellos supuestos en los que el deudor se hubiese *"alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación",* lo que, si bien nos arroja una definición que nos recuerda al alzamiento de bienes regulado en los arts. 257 y 258 del Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no debe confundirse con éste ya que este supuesto cuenta con una entidad en todo caso propia que puede ser susceptible de aplicación aun cuando no tenga encaje en el ámbito penal, debiendo además tenerse presente que en este caso no existe un límite temporal a tener en cuenta en cuanto al hecho en sí.

[325] *Vid*., lo dispuesto, entre otras, en la Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838), así como en la Sentencia núm. 296/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vera Torres) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se destaca expresamente que el antiguo artículo 164.2 de la Ley Concursal -actualmente replicado, aun con un orden distinto en la enumeración de los supuestos- *"tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave".*

Para que una actuación pueda quedar encuadrada en la presunción establecida en el referido art. 443.1 TRLC, recordemos, recae la carga de acreditar al menos los hechos que darían lugar a la existencia de esta presunción en el instante de la culpabilidad en sus respectivos informes (antes sobre la administración concursal y el Ministerio Fiscal, ahora sobre la administración concursal, los acreedores cualificados y, en su caso, los acreedores de derecho público en los en procedimiento de calificación abreviado para microempresas), por lo que será éste quien deberá probar la real y efectiva existencia de estos actos de despatrimonialización o de obstaculización a las ejecuciones ya que su existencia no se presume, sino que incumbe probarlos, conforme a la normativa general sobre la carga de la prueba contemplada en el art. 217 de la LEC, a quienes los alegan y en base a los cuales interesan la declaración de culpabilidad[326].

El hecho de que nos encontremos ante lo que se conoce como presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario y que, acreditada su existencia, *ex lege* la sección de calificación será calificada como culpable, ello no obsta a que, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, sí que rijan las reglas de la carga de la prueba en lo que al hecho que desencadena la presunción se refiere[327].

De esta forma, el juzgador en sede de calificación concursal deberá analizar si este hecho que da lugar a apreciación de esta causa de culpabilidad ha sido o no

[326] Sentencia núm. 45/2013, de 18 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Muñiz Delgado) (ECLI: ES:APVA:2013:272).

[327] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 719/2016, de 1 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2016\5969) (ECLI: ES:TS:2016:5289), n la que nuestro más Alto Tribunal incide en cuestiones de vital importancia tales como, entre otras, el alcance de las presunciones absolutas, cuyas reflexiones aquí nos ocupa; Sentencia respecto de la que además podrá encontrar el lector un completo análisis en MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Supremo 719/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 1 de diciembre [ROJ STS 5289/2016]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 5, Nº. 1, 2017, pp. 361-367.

probado por el instante de la calificación de culpabilidad para lo que, como ha venido reiterando la jurisprudencia de nuestros tribunales, en el caso del supuesto del art. 443.1 TRLC (antiguo art. 164.2.4º LC) no podrá limitarse a justificar su estimación única y exclusivamente sobre la base del éxito de incidentes concursales previos de reintegración, ya que los presupuestos fácticos de las acciones de reintegración[328] y el alzamiento de bienes de la sección sexta no necesariamente coinciden.

Y es que debemos tener presente que el alzamiento de bienes requiere que ese desplazamiento dinerario no tenga una causa económico jurídica existente, legítima y debidamente justificada, siendo por ello que produce una disminución patrimonial pues al tiempo que salen del activo dichos bienes, no se disminuye el pasivo en igual medida, con lo que el patrimonio neto social no permanece incólume lo que, para algunos de nuestros juzgados y tribunales, ello requiere en cierta medida en una suerte de ánimo de defraudar a los acreedores y no sólo una merma al patrimonio de la sociedad, siendo éste el elemento diferenciador que impide equiparar lo enjuiciado en un previo incidente de reintegración con el objeto de enjuiciamiento en el ámbito de la sección sexta *ex* art. 443.1 TRLC[329] -extremo éste que, en todo caso, la práctica forense ha tenido ocasión de desarrollar en extenso con motivo del enjuiciamiento de conductas *ex* art. 443.2 TRLC y ello por cuanto este *animus* defraudatorio no suele ser objeto de prueba en la previa acción de reintegración, sin que sea posible deducirlo sin más-.

No obstante, debe tenerse presente que, tal y como han determinado nuestros juzgados y tribunales, es el supuesto de la salida fraudulenta de bienes del deudor

[328] Un completo estudio de las procesales de las acciones se reintegración puede encontrarse en PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en *AA.VV. La reintegración en el concurso de acreedores (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9014-736-8, pp. 175-209.

[329] *Vid*., en tal sentido, entre otras, la Sentencia núm. 125/2013, de 26 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. María Arantzazu Ortiz González) (JUR\2013\174231) (ECLI: ES:APIB:2013:701).

el que, con el debido rigor técnico que debe presidir este tipo de sanciones, el que exige un verdadero ánimo defraudador siendo éste precisamente el elemento que lo diferencia del supuesto que aquí nos ocupa, tal y como analizaremos *ut infra*.

Expuesto lo anterior, conviene significar en último lugar que, como acertadamente señala SANCHO GARGALLO, I., 2021[330], en la medida en que del art. 443.1 TRLC deben quedar excluidos los actos de disposición fraudulentos por cuanto éstos tienen encaje en el segundo de estos supuestos especiales *ex* art. 443.2 TRLC, bajo esta primera de las presunciones *iuris et de iure* suelen presentar un adecuado encaje las enajenaciones ayunas de justificación y los negocios simulados y, en particular por lo que se respecta a la equiparación que se realiza a estos efectos respecto de los actos que retrasan, dificultan o impiden la eficacia de un embargo, los típicos supuestos que podrían quedar englobados en esta categoría se identifican con la ocultación de bienes o ausencia de colaboración (art. 590 LEC), las simulaciones contractuales para la interposición de tercerías de dominio con la finalidad de suspender una ejecución (arts. 595 y ss. LEC), así como también la simulación de negocios con el fin de reconocer derechos a ocupantes de bienes inmuebles embargados (art. 675 LEC).

2. Salidas fraudulentas *ex* art. 443.2 TRLC (antiguo art. 164.1.4º LC)

El segundo de estos supuestos especiales se define, éste sí, con una delimitación temporal por cuanto lo que preceptúa el actual art. 443.2 TRLC (antiguo art. 164.1.4º LC) es que el concurso se calificará como culpable *"cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"*.

[330] SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», *cit.*, p. 428.

Aquí, como ya habrá podido advertir el lector, sí que se exige verdaderamente este ánimo fraudulento y que la salida de bienes del concurso prevista en este precepto, como ya fue destacado por nuestro Alto Tribunal en su Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril[331], y es que este supuesto especial no exige clandestinidad, cuya nota puede asociarse mejor al supuesto del alzamiento de bienes, sino su carácter fraudulento definido como el ánimo o la conciencia de dejar a los acreedores sin bienes para cobrar sus créditos.

Así pues, el carácter fraudulento que exige este supuesto actualmente contemplando en el art. 443.2 TRLC (antes en el antiguo 164.1.4º LC) para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso ha de relacionarse con el exigido en el art. 1.291.3 CC para la acción rescisoria por fraude, debiendo tenerse siempre presente que no hace falta un expreso ánimo de dañar (*animus nocendi*), sino el conocimiento del perjuicio (*scientia fraudis*), siendo por tanto suficiente con que el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo[332].

Como ha sido ya anticipado, nuestros juzgados y tribunales han tenido ocasión de pronunciarse con total rotundidad a la hora de rechazar peticiones de culpabilidad que se pretenden bajo la presunción del antiguo art. 164.1.4º LC (actual art. 443.2 TRLC) sustentados en la mera estimación de una previa acción de reintegración, por tanto, no es suficiente para que el concurso sea calificado como culpable por salida del patrimonio del deudor de bienes o derechos, siendo necesaria la debida acreditación de un plus adicional que más allá del mero perjuicio a la masa activa

[331] Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781).

[332] Sentencia núm. 204/2024, de 22 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Navarro Robles) (JUR\2024\147708) (ECLI: ES:APCA:2024:378).

que fundamenta la acción de reintegración determine la existencia de una actuación fraudulenta[333].

La pacífica doctrina jurisprudencial que, por tanto, existe en esta materia es clara al exigir, en sede de calificación concursal a la hora de estimar la culpabilidad por la vía del actual 443.2 TRLC que nos encontremos ante un alzamiento de bienes con intención (*animus nocendi*) o conciencia fraudulenta (*scientia fraudis*) al momento de su realización por lo que, en aquellos supuestos en los que el deudor no pretende sustraer sus bienes a los acreedores, disminuyendo así su patrimonio y poniéndolo parcialmente a salvo de las reclamaciones de aquéllos, sino llevar a cabo otro tipo de conductas que puedan considerarse reprobables como, *v.gr.*, realizar un pago a un acreedor vinculado para saldar una deuda con él contraída, la sanción a esta conducta no podría venir *ex* art. 443.2 TRLC sino a través del ejercicio de la acción rescisoria[334].

Ahora bien, por aplicación de la teoría general, este elemento subjetivo del *animus nocendi* o, en su defecto, de la *scientia fraudis,* en la medida en que hacen referencia al propio fuero interno del deudor, pueden ser suficientemente acreditados a través de hechos concluyentes que determinen necesariamente este elemento subjetivo salvo que, de adverso, se acrediten circunstancias excepcionales que los excluyan.

---

[333] *Vid*., la Sentencia núm. 37/2019, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Quintana Aranda) (AC\2020\114) (ECLI: ES:JMMU:2019:2517) y, en el mismo sentido, encontramos la Sentencia núm. 87/2009, de 13 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR\2009\411481) (ECLI: ES:APB:2009:6178).

[334] *Vid*., la Sentencia núm. 172/2012, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez) (JUR\2012\166365) (ECLI: ES:APPO:2012:1052).

De igual forma, tampoco será necesario el previo ejercicio exitoso de una acción de reintegración para que pueda aplicarse esta presunción en sede de calificación concursal.

3. Simulación de una situación patrimonial ficticia *ex* art. 443.3 TRLC (antiguo 164.2.6º LC)

   El tercer supuesto especial conlleva la declaración de culpabilidad *ex lege* en aquellos casos en los que *"antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia"*.

   Lo primero que hay que advertirse es que, nuevamente, nos encontramos ante una de las presunciones *iuris et de iure* que no se encuentra delimitada temporalmente en su definición, si bien por la propia literalidad del precepto, lo que sí que se exige es que esta simulación estuviese dirigida a simular una situación patrimonial ficticia con carácter previo a la declaración de concurso.

   En particular, por lo que respecta a los requisitos que deben concurrir, éstos son identificados con meridiana claridad por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre[335], al afirmar que este supuesto exige: *(a)* la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia, *(b)* que tales actos tengan carácter jurídico, siendo por tanto insuficiente la creación por una mera vía de hecho de una apariencia de situación patrimonial[336], *(c)* que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso[337], *(d)* la actuación debe ser idónea

[335] Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2013\1614) (ECLI: ES:TS:2012:9182).

[336] Extremo éste que, no obstante, no está exento de controversia.

[337] Requisitos estos tres primeros que se desprenden sin ambages de la propia literalidad de la norma, si bien no son los únicos, debiendo atender a la completa enumeración que se contiene en la Sentencia.

para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida como verdadera por los acreedores, *(e)* la situación fingida o simulada ha de tener cierta relevancia y ser además apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores y *(f)* el comportamiento simulatorio no debe estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma pues, en su caso, el supuesto especial tendría preferencia en el encaje del comportamiento enjuiciado[338].

De hecho, este último requisito, unido al hecho de que la llevanza de una contabilidad irregular no puede considerase como un acto jurídico a estos efectos, hace que en aquellos supuestos en los que la calificación como culpable sea pretendida *ex* art. 443.3 TRLC (antiguo art. 164.2.6º LC) pretendiendo sustentarse en la simulación de apariencia patrimonial ficticia derivada de la llevanza de una irregular contabilidad, ésta sea rechazada por considerase que, en su caso, tales extremos deberían ser enjuiciados bajo el prisma del actual supuesto del art. 443.5 TRLC[339].

4. Inexactitudes graves o falsedades de los documentos aportados al procedimiento concursal ex art. 444.4 TRLC

Determina el art. 444.4 TRLC que, en todo caso, será calificado el concurso como culpable *"cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o*

[338] Ello, unido al hecho de que la llevanza de una contabilidad irregular no puede considerase como un acto jurídico a estos efectos, hace que en aquellos supuestos en los que la calificación como culpable sea pretendida ex art. 443.3 TRLC (antiguo art. 164.2.6º LC) pretenda sustentarse en la simulación de apariencia patrimonial ficticia derivada de la llevanza de una irregular contabilidad, ésta sea rechazada por considerase que, en su caso, tales extremos deberían ser enjuiciados bajo el prisma del actual supuesto del art. 443.5 TRLC.

[339] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (AC\2007\739) y la Sentencia de 18 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2008\398669).

presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos".

Para la concurrencia de este supuesto nuestros juzgados y tribunales, en lógica coherencia con las graves consecuencias que esta presunción *iuris et de iure* lleva aparejabas, existen que tanto la inexactitud como la falsedad, de la que no se precisa, no obstante, previa condena penal, se puedan reputar graves y relevantes en el seno del concurso -*v.gr.* se refieran a información clave para la determinación de la masa activa sobrevalorándola artificiosamente[340]-, exigiéndose así por nuestro más Alto Tribunal que ésta tenga una transcendencia informativa relevante en el concurso.

5. Incumplimiento de los deberes legales relacionados con la llevanza de la contabilidad *ex* art. 444.5 TRLC (antiguo art. 164.2.1º LC)

   El quinto de estos supuestos se circunscribe a los casos en los que *"el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera"*.

   Como ya ha sido advertido, es este supuesto en el que, por el principio de especialidad, podrían enjuiciarse los supuestos de graves inexactitudes en la contabilidad del deudor que provocasen una ficticia situación de solvencia del deudor[341].

[340] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).

[341] Recuérdese, a tal efecto, lo dispuesto, entre otras, la referida Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (AC\2007\739) y la también citada Sentencia de 18 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2008\398669).

Esta presunción *iuris et de iure* debe por tanto ponerse en relación con las obligaciones de la llevanza de contabilidad reguladas en los arts. 25 y ss. del C. de Com., exigiéndose de nuevo por nuestros juzgados y tribunales que esta obligación se incumpla de manera grave, mostrándose sustancial y relevante en sede concursal, entendido este incumplimiento como aquel de entidad suficiente como la afectar a la compresión de la situación patrimonial y financiera de la concursada[342]

Adviértase en todo caso que en este supuesto deben enjuiciarse las conductas más graves que excedan del ámbito de la presunción de menor rango contenida en el actual art. 444.3 TRLC, esto es, la presunción *iuris tantum* relativa la no formulación, sometimiento a auditoría y depósito registral de las cuentas anuales de los últimos tres ejercicios, evidenciando la práctica forense que en este supuesto especial el concepto de contabilidad debe entenderse en sentido estricto, en la propia llevanza de la misma.

6. Apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio imputable al concursado *ex* art. 443.6 TRLC (antiguo art. 164.2.3º LC)

   El último de estos supuestos especiales se dedica a los casos en los que *"la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado",* lo que presupone que solo podría darse en aquellos supuestos en los que existiese un convenio aprobado y pendiente de su cumplimiento.

[342] *Vid*., en tal sentido, la ya referida Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).

> Ahora bien, en esta ocasión, si bien la literalidad del precepto parece hacer referencia única y exclusivamente al supuesto contemplado en el vigente art. 409.1.5º TRLC, esto es, por haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio tras seguirse el procedimiento establecido al efecto en los arts. 402 y ss. TRLC, ha de tenerse en cuenta que, frente a esta interpretación literal o restrictiva del precepto se ha postulado una tesis extensiva que considera que esta presunción *iuris et de iure* engloba todos los supuestos en los que se haya frustrado el cumplimiento del convenio por causas imputables al deudor aun cuando, en estos casos, la apertura de la fase de liquidación no haya sido acordada de oficio sino a instancias bien del propio deudor, bien de sus acreedores *ex* art. 407 TRLC; interpretación extensiva que parece desprenderse del contenido de la paradigmática Sentencia núm. 246/2016, de 12 de abril, dictada por el Pleno de lo Civil de nuestro más Alto Tribunal[343].

Recuérdese, asimismo que, como ya ha sido anticipado, en lo que respecta al procedimiento de calificación abreviada el art. 688.1 TRLC indica, *ad extra* a estas supuestos generales de presunciones *iuris et de iure* que el procedimiento especial se calificará como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

[343] Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ\2016\1493) (ECLI: ES:TS:2016:1647); Sentencia respecto de la que el lector podrá encontrar un interesante análisis en MUÑOZ GARCÍA, A., «Calificación y responsabilidad concursal. Ámbito de las conductas imputables en caso de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (246/2016)», *en AA. VV. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil) (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, Dykinson, Vol. 8, 2016 (2016), ISBN 978-84-9148-476-9, pp. 95-114.

3.2.3 Presunciones *iuris tantum* -denominadas como *"presunciones de culpabilidad"*- del art. 444 TRLC (antiguo art. 165 LC)

El segundo juego de presunciones -de menor graduación- que ha puesto el legislador a disposición de los instantes de la calificación de culpabilidad del concurso lo encontramos actualmente recogido en el art. 444 TRLC, encargado de regular, bajo la rúbrica de *"Presunciones de culpabilidad"*, los supuestos *iuris tantum* de culpabilidad incluidos en nuestro Derecho de insolvencias.

Ahora bien, antes de entrar a identificar siquiera sucintamente cuáles son estas presunciones, debe advertirse al lector de que el vigente artículo 444 TRLC acoge, aun cuando con ciertos matices, como veremos *ut infra*, el sistema de presunciones configurado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en virtud de la cual se operó una aparentemente sutil pero importante reforma del antiguo art. 165 LC.

Así pues, con carácter previo a esta reforma las presunciones que se contenían en el referido art. 165 LC se configuraban como la presunción de la efectiva concurrencia de dolo o culpa grave sin que, expresamente, por su redacción literal pudiese considerarse que ésta se extendía también a la relación causal con la generación o agravación de la insolvencia.

De esta forma, si analizamos la práctica forense pre-reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, nos encontramos con que, si bien inicialmente parecía que nuestros juzgados y tribunales llevarían a cabo una interpretación liberal de estas presunciones y, por ende, debería ser de objeto de prueba específica el elemento de la generación o agravación de la insolvencia pese a que el dolo o culpa grave se presumiese[344], lo cierto es que paulatinamente pareció cristalizar la doctrina jurisprudencial que abogada por llevar a

[344] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2014\2159) (ECLI: ES:TS:2014:1368).

cabo una interpretación extensiva del precepto sobre la base de que éste debía integrase en el comportamiento del tipo general del art. 164.1 LC, esto es, del comportamiento que generó o agravó la insolvencia.

En cualquier caso, tal cuestión quedó zanjada por la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en la que, como ya ha sido anticipado, se optó por aclarar el alcance de este tipo de presunciones acogiendo la tesis extensiva, motivo por el cual desde entontes este tipo de presunciones *iuris tantum* se configuran estructuralmente como presunciones relativas de la culpabilidad; presunciones que, por su propia naturaleza, son susceptibles en todo caso de admitir prueba en contrario.

Pues bien, expuesto lo anterior, conviene significar que las tres presunciones *iuris tantum* que actualmente se recogen en el vigente art. 444 TRLC[345] van de la mano de tres relevantes deberes: (1) el de solicitar en el tiempo oportuno el concurso, (2) el de colaborar con los órganos del concurso (juez y administración concursal) y asistir a la junta de acreedores y (3) el de la correcta llevanza de la contabilidad.

Así pues, a modo de fiel reflejo de esto deberes preceptúa el actual art. 444 TRLC que el concurso se presumirá culpable -salvo prueba en contrario- en aquellos supuestos en los que el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. *"Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso".*

   Nos encontramos por tanto ante una presunción de culpabilidad por una conducta omisiva, esto es, por no cumplir con la obligación de presentar, tempestivamente,

[345] Nótese que, actualmente, la anterior presunción contenida en el art. 165 LC relativa a la presunción de culpabilidad introducida en nuestro Ordenamiento Jurídico por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, incluida bajo el número 4º del art. 165 LC aplicable a los deudores que se negasen sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización, el cual además fue trasladado con algún matiz por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, a su apartado 2º y que, con el TRLC, fue a trasladado a los arts. 700 a 702 TRLC reubicándolo a la propia regulación del concurso consecutivo, finalmente despareció con motivo de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, al desaparecer el propio concurso consecutivo.

la declaración de concurso, debiendo recordarse al efecto que el art. 5 TRLC impone al deudor el deber de hacerlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido -o debido conocer- el estado de insolvencia actual lo que, por remisión al art. 2.3 del citado texto legal, se produce cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones exigibles.

Asimismo, en esta materia hay que tener en cuenta que también entran en juego las presunciones del art. 5.2 TRLC, igualmente de carácter *iuris tantum*, por cuando se presume que el deudor ha conocido que se encuentra en situación de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que sirven de eventual fundamento a una solicitud de cualquier otro interesado, esto es, cuando acontecen cualquier de los hechos reveladores de la insolvencia regulados en art. 2.4 del citado texto legal[346].

2. *"Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio".*

[346] Hechos externos reveladores del estado de la insolvencia que el legislador identifica *ex* art. 2.4 TRLC con: (1) la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme, (2) la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago, (3) la existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, (4) el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor, (5) el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades y, (6) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

En esta ocasión nos encontramos con deberes que, por su propia configuración, solo nacen una vez declarado el concurso, siendo numerosos los supuestos en los que se debe llevar cabo una debida colaboración tanto con el juez como el administrador concursal, y ello no solo aportando la documentación que les pueda ser requerida sino también compareciendo ante ellos cuantas veces sean requeridos.

A tal efecto debe tenerse muy presente el contenido del art. 135 TRLC, el cual bajo la rúbrica de *"Deberes de comparecencia, colaboración e información"*, nos ofrece una delimitación de lo que debe considerase dentro de este importante deber y, de su literalidad, se evidencian extremos de gran relevancia por cuanto *(i)* por un lado, estos deberes se extienden en el ámbito subjetivo al concursado persona natural, los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada y quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal, a quienes se les impone el deber de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal las veces que sean requeridos, debiendo además colaborar e informar de todo lo que resulte necesario o conveniente para el interés del concurso y, *(ii)* por otro, por cuanto estos mismos deberes se extienden además expresamente en su apartado segundo a los directores generales de la persona jurídica concursada y a quienes lo hayan sido también dentro de los dos años previos a la declaración.

Ahora bien, para que entre en juego esta presunción, aquellos que pretendan apoyarse en ella para interesar la culpabilidad del concurso deberán especificar y acreditar en qué ha consistido exactamente esta falta de colaboración, sin que pueda acogerse a ella acudiendo a vagas o genéricas alegaciones; y ello además sin perjuicio de que el deudor o el posible afectado puedan desvirtuar esta presunción acreditando que su incumplimiento no contribuyó de manera

significativa a agravar la situación de insolvencia, tal y como ha sido destacado por nuestros juzgados y tribunales[347].

Y, por lo que respecta a la asistencia a la junta de acreedores, como ya ha sido previamente apuntado *ut supra*, con la actual redacción dada por la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, esta presunción ha quedado suavizada al limitarse únicamente a aquellos supuestos en los que su participación habría sido determinante para la adopción del convenio.

3. *"Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente".*

Vemos por tanto cómo la tercera y última de estas presunciones se centra en los incumplimientos de los deberes relacionados con las cuentas anuales, esto es, con lo que se conoce como "contabilidad formal", que no con la contabilidad en sentido estricto respecto de la que, como ha sido previamente analizado *ut supra*, constituye un tipo específico del art. 443.5º TRLC.

De la dicción de esta presunción se desprende sin ambages que el incumplimiento de cualesquiera estos deberes, en cualesquiera de los tres años indicados, abrirá la puerta a esta presunción; debiendo acudirse en todo caso a lo dispuesto en la específica normativa que regula estas obligaciones (C. de Com., TRLSC, Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas y su

[347] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 656/2017, de 1 de diciembre de 2017, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2017\5137) (ECLI: ES:TS:2017:4267).

Reglamento) para determinar si éstas resultan o no de aplicación al deudor y, en su caso, con qué extensión.

Ahora bien, de sus silencios se desprenden una serie de cuestiones que podrían considerarse controvertidas, entre las que cabe ser destacada la discusión relativa a si esta presunción opera o no cuando se han cumplido estos deberes aunque tardíamente, respecto de la que la práctica forense nos ofrece precedentes de aceptación de la aplicación de esta presunción aun cuando se subsane este incumplimiento[348], si bien entendemos que puede ser discutible por la literalidad del precepto y que, en todo caso, podría ser desvirtuada acreditando que su cumplimiento tardío no generó o agravó la situación de insolvencia.

3.3 LA CONDENA A INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS *EX* ART. 455.2.5º TRLC (ANTERIOR ART. 172.2.3º LC)

Llegados a este punto y, por la relevancia que en última instancia puede tener respecto del trabajo que nos ocupa, hemos considerado oportuno realizar aquí siquiera algunas someras reflexiones respecto de la posible condena al administrador social en sede de calificación concursal a indemnizar los daños y perjuicios que su actuación haya podido causar a la sociedad.

Así pues, y aun cuando son diversas las posibles codenas que se les podría imponer ante una calificación culposa del concurso, algunas de ellas incluso de obligada imposición y de contenido claramente patrimonial, como serían la pérdida automática de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa frente a la sociedad concursada (art. 455.2.3º TRLC) y la condena a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa (art. 455.2.4º TRLC) -ello, claro está, siempre que se hubiese producido esta indebida obtención-,

[348] *Vid*., Sentencia de 16 de enero de 2007, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Frigola Rivera) (AC\2007\857).

consideramos que la siguiente condena recogida en el referido art. 455.2.5º TRLC, la relativa a la indemnización de los daños y perjuicios causados prevista para aquellos supuestos en los que la conducta sancionada en la calificación los hubiese efectivamente provocado[349], merece aquí una especial consideración.

A este respecto comenzaremos destacando que el vigente art. 455.2.5º TRLC, con su actual redacción recientemente dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, como hemos tenido ya ocasión de anticipar *ut supra*, recoge una de las posibles condenas que pueden ser objeto de inclusión en la sentencia que califique el concurso como culpable.

Así, bajo la actual redacción del mismo, el legislador español ha considerado que *"la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados";* solidaridad que, recordemos, en consonancia con lo dispuesto con motivo del texto refundido en el año 2020 respecto de la posible solidaridad en la condena a cubrir el déficit concursal, fue expresamente incluido también por la Ley 16/2022, de 5 septiembre, para la eventual condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Nos encontramos así ante una posible condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por aquellas actuaciones que han derivado en la culpabilidad del concurso que no solo va dirigida a las personas afectadas por la calificación ya que puede alcanzar a los cómplices (ello ahora, además, con o sin solidaridad).

[349] No cabe, por tanto, una condena a indemnizar sobre la base de una conducta distinta a las que han dado lugar a la calificación como culpable del concurso.

Es ésta una sanción que, actualmente, entendemos que debe considerarse a todas luces autónoma[350] aun cuando ordinariamente sea consecutiva a la sanción de la referida pérdida de los créditos y a la eventual condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor y los recibidos de la masa activa, sin que por tanto ésta, con su actual regulación pueda considerarse como meramente sustitutiva ante la imposibilidad de proceder a esta eventual devolución de lo indebidamente obtenido, pudiendo alcanzar así otros daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable de concurso sin que estos daños puedan confundirse o equipararse con los derivados de la propia insolvencia como el déficit concursal, cuya eventual condena deberá llevarse a cabo acudiendo a la específica vía que al efecto ha configurado el legislador *ex* art. 456 TRLC (antiguo art. 172 *bis* LC)[351].

Nótese a este respecto que, al encontrarnos ante una condena cuya base es la indemnización de los daños y perjuicios causados, esta responsabilidad comparte la misma naturaleza que la prevista en el artículo 1.902 CC, requiriéndose para su apreciación los tres clásicos elementos: *(a)* la acción u omisión del agente, *(b)* el daño producido y *(c)* la relación de causalidad entre ambos.

Esta configuración irremediablemente lleva aparejada la necesidad de que quien la pretenda deberá acreditar que la actuación del afectado por la calificación ha producido verdaderamente un daño y la concreta y específica relación de causalidad entre ellos, so pena de impedir que, en su caso, esta condena pueda recogerse en la sentencia de calificación culpable del concurso[352].

---

[350] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 194/2024, de 1 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Tremoya) (JUR\2024\183786) (ECLI: ES:APC:2024:1041).

[351] Sentencia núm. 319/2020, de 18 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).

[352] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 1359/2023, de 11 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo) (JUR\2024\68176) (ECLI: ES:APMA:2023:3026).

3.4 LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT CONCURSAL *EX* ART. 456 TRLC (ANTERIOR ART. 172 *BIS* LC)

La segunda de las posibles condenas que pueden derivarse de la culpabilidad en sede calificación concursal respecto de la que consideramos oportuno detenernos es la relativa a la controvertida condena a la cobertura al déficit concursal, actualmente recogida en el art. 456 TRLC.

A este respecto conviene significar, si quiera sucintamente, que esta posible condena ha sido objeto de numerosas reformas legislativas que han ido perfilando, "a golpe de reforma y al compás" -si se nos permite la expresión- de las principales discrepancias interpretativas que se iban evidenciando con cierta gravedad en la práctica forense.

En todo caso, en la medida en que las sucesivas reformas que al respecto se han ido adoptado sobre ella han sido previamente analizadas *ut supra* al comienzo del presente Capítulo, a fin de evitar innecesarias reiteraciones a él no remitimos dándolo aquí por reproducido, pasando directamente a continuación a la analizar los requisitos inherentes a esta eventual condena que se contienen en su vigente régimen.

3.4.1 Requisitos para su estimación

Para poder llevar a cabo el análisis de los requisitos que resultan necesarios para la estimación de la petición de condena al déficit concursal, consideramos oportuno partir de los propios términos en los que esta *[eventual]* condena se regula en el vigente art. 456 TRLC; precepto que, como ya habrá advertido el lector, se ubica separado e individualizado respecto de los pronunciamientos de condena que sí deberá contener la sentencia de calificación *ex* art. 455 TRLC.

Así, nos encontramos ante un *[independiente]* art. 456 TRLC dividido en cuatro apartados:

1. El primero ellos, en el que se da comienzo su regulación recogiendo el primer requisito exigido -la apertura de la liquidación-, al preceptuar que *"cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación"*, en la sentencia de calificación el juez, *"podrá condenar"* -luego no estamos ante un pronunciamiento obligatorio[353]-, *"con o sin solidaridad"* -tipificación que se incorporó con motivo de la refundición de la Ley Concursal operada en el año 2020-, *"a la cobertura, total o parcial, del déficit"* y ello además *"a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia"* -lo que nos delimita su ámbito subjetivo y nos confirma su naturaleza resarcitoria-.

   Nótese, respecto de la nueva apostilla relativa a la posibilidad de condenar a la cobertura del déficit *"con o sin solidaridad"*, la total ausencia de criterio alguno fijado por el legislador a la hora de aplicar tal vital decisión. A tal efecto, coincidimos con GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., 2024[354] en que, teniendo presente el régimen general establecido en nuestro Código Civil en el que se contempla como regla general la mancomunidad en las obligaciones plurales reservándose la solidaridad a aquellos supuestos en los que así expresamente se establece *ex* art. 1.137 CC y siendo conscientes de las matizaciones que jurisprudencialmente se han llevado a cabo distinguiendo aquellos supuestos de solidaridad propia -*ex lege*- e impropia -derivada de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos intervinientes-, parece que

[353] Como como expresamente ya tuvo ocasión de destacar la Sentencia núm. 135/2019, de 6 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2019\729) (ECLI: ES:TS:2019:711).

[354] GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 61, 2024, pp. 149-193.

sería en este último supuesto en el que podría tener encaje una eventual condena solidaria a la cobertura del déficit concursal, y ello además única y exclusivamente cuando en la causa enjuiciada de culpabilidad haya intervenido una pluralidad de sujetos sin ser posible acreditar en qué proporción lo hizo cada uno de ellos.

Asimismo, conviene advertir al lector de la existencia de voces autorizadas que abogan por incluir también en esta específica condena dentro de su ámbito subjetivo a la persona física representante del administrador o liquidador persona jurídica en aquellos supuestos en los que dichos cargos recaigan en una persona jurídica, adoptando para ello el mismo razonamiento que el preceptuado respecto de su extensión con carácter general en la sección de calificación -con todas las implicaciones inherentes a ello- acudiendo para ello a la aplicación en sede concursal de la previsión societaria contenía en el art. 236.5 TRLSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre[355]. En nuestra humilde opinión, como será objeto de detallado estudio *ut infra*, esta interpretación extensiva del ámbito de responsabilidad encuentra obstáculos jurídicos que podrían considerarse insalvables sin perjuicio de que, pese a ello, la práctica forense para decantarse por ello al menos por lo que respecta a una parte de nuestros juzgados y tribunales menores.

2. Un segundo apartado en el que, como ya se anticipó, el legislador introdujo igualmente en el Texto Refundido en el que, acogiendo el criterio jurisprudencial mayoritario en aquel momento, positivizó una definición de lo que debía entenderse

[355] Defensor de esta posibilidad encontramos a SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752)*, ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 516-535. En tal sentido, el auto, Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil, considera que debe llevarse a cabo la extensión de la nueva regla del art. 236.5 TRLSC a la calificación concursal y, en concreto, respecto de la eventual condena al déficit concursal, destaca lo siguiente *"la responsabilidad de cubrir el déficit concursal (art. 454 TRLC) si anuda también a la conducta que ha merecido la calificación culpable y respecto de la que se ha atribuido la consideración de persona afectada por la calificación al administrador persona jurídica, en ese caso deberían responder solidariamente tanto este como su representante persona física, aplicándose también la regla del art. 236.5 LSC"* (p. 526).

por este déficit concursal al determinar que se considera que este existe *"cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores".*

A este respecto, y sin perjuicio de que no podemos más que ratificarnos en las críticas o inconvenientes que ya han sido expuestas *ut supra* respecto del concepto finalmente dado a este déficit concursal, así como las reflexiones que debería llevar a cabo el legislador respecto de una posible reforma legal al respecto, lo cierto es que la opción legislativa ahora está claramente recogida y, por ende, hasta que se produzca en su caso una eventual reforma, éstas son las reglas del juego a las que se ven sometidos los distintos operadores jurídicos.

3. El tercer apartado, encargado de preceptuar que, en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá inexorablemente individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos; distribución que además deberá llevarse a cabo de acuerdo con la participación en los hechos que hubiesen determinado la calificación de culpabilidad del concurso.

4. Un cuarto y último apartado destinado a regular los supuestos de reapertura de la sección sexta por incumplimiento de convenio, en cuyo caso, si el concurso hubiese sido previamente calificado como culpable, el juzgador, para fijar la condena a la cobertura -total o parcial- del déficit, deberá atender tanto a los hechos que fueron declarados probados en la sentencia de calificación como a los que resultasen determinantes de la reapertura.

A la vista lo anteriormente expuesto, del contenido de este artículo conviene resaltar dos de sus notas más importantes: *(i)* de un lado su carácter potestativo del que no deja lugar a dudas la afirmación, "*el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales …"* y, por

otro, *(ii)* el hecho de que actualmente esta condena contiene una clarísima responsabilidad de tipo resarcitorio, que se patentiza en la expresión "*en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia"*.

La redacción actual de este inciso trae causa de la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que añadió este inciso final al precepto.

Como se ocupó de aclarar el Tribunal Supremo, la modificación que introdujo en este artículo el Real Decreto-ley 4/2014 supuso una modificación trascendental en la naturaleza de esta responsabilidad concursal pues a partir de entonces pasó de ser una responsabilidad civil cualificada (en la que tras la acreditación de un hecho base, la culpabilidad daba lugar necesariamente a la sanción) a ser una autentica responsabilidad resarcitoria en la que es necesario acreditar suficientemente de qué modo y en qué cuantía ha participado cada uno de los administradores condenados en la generación o agravación de la insolvencia[356].

[356] *Vid*., la ya citada Sentencia núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256): "*1.- El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el art. 172.3, sino el art. 172.bis de la Ley Concursal. (…) El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (…). Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia), la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino*

Así pues, para poder condenar a los administradores a cubrir el déficit concursal, desde la reforma operada en el año 2014 es imprescindible poder acreditar (como en cualquier demanda de daños) el nexo causal entre el comportamiento de cada uno de los sujetos incluidos en su ámbito subjetivo *ex* art. 456 TRLC y la generación o agravación de la insolvencia. Dicho de otro modo, a nuestro juicio resultará inexorable la acreditación de cuál fue el grado de participación que tuvo cada uno estos sujetos en la generación de la insolvencia.

De hecho, ya incluso con la anterior normativa (antes de la reforma de 2014) se venía exigiendo por nuestros juzgados y tribunales, para obtener la condena al déficit concursal, establecer perfectamente el nexo causal entre el comportamiento del deudor y la generación o agravación de la insolvencia[357].

Así, si lo que se pretende es su imposición se deberá justificar por qué motivo ha de imponerse tan drástica sanción a los sujetos que puedan ser eventualmente afectados de culpabilidad, acreditando además qué grado de participación tuvo en la generación o agravación de la insolvencia.

Por ello, la necesidad de que los informes de calificación contengan, en relación con la responsabilidad concursal, la debida claridad especificando las personas a las que alcanza la mismas y sus causas, como elemento esencial de seguridad jurídica, ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por el propio Tribunal Supremo de forma clara y contundente[358]

---

como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) 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».

[357] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 203/2017, de 29 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2017\1649) (ECLI: ES:TS:2017:1217), así como la Sentencia núm. 44/2016, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cano Marco) (JUR\2016\83969) (ECLI: ES:JMMU:2016:351).

[358] En esta materia se recomienda, en todo caso, la atenta lectura de GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por

y, como no podría ser de otra forma, los juzgados y tribunales menores aplican pacíficamente este criterio jurisprudencial desestimado cualquier petición de condena que no cumpla los extremos que acaban de ser expuestos.

3.4.2. El embargo de bienes y derechos de los administradores como medida cautelar *ex* art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC)

La medida cautelar que actualmente aparece recogida en el art. 133 TRLC encuentra su origen en la previsión que inicialmente se contenía en el art. 48.3 LC en su redacción original, al menos en lo que respecta a su previsión relativa al eventual cautelar embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, en aquellos supuestos en los que resultase fundada la posibilidad de que el concurso se calificase como culpable y de que la masa activa fue insuficiente para satisfacer todas las deudas; medida cautelar que, por tanto, desde sus inicios se ha configurado como una medida instrumental de la futura responsabilidad por déficit concursal.

En particular, esta inicial previsión del art. 48.3 LC nació con el objeto de que, ya fuese de oficio, ya fuese a solicitud razonada de la administración concursal, pudiese ordenarse en cualquier momento del procedimiento el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, así como también de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en aquellos supuestos en los que, de lo actuado, resultase fundada la posibilidad de que *(i)* el concurso se calificase como culpable y *(ii)* de que la masa activa fuese insuficiente para satisfacer todas las deudas; embargo cuyo *quantum* sería el que el

la calificación culpable del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 61, 2024, pp. 149-193.

juez estimase "bastante", pudiendo ésta no obstante ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

Por su parte, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, trajo consigo la introducción del art. 48. *ter* LC[359], lo que además de suponer la reubicación de esta medida ofreció importantes cambios en su concepción:

(i) La introducción (1) de la apostilla *"como medida cautelar"* en su apartado primero, disipándose cualquier duda interpretativa respecto de su naturaleza sin perjuicio de que, entendemos, ésta ya se desprendía de la literalidad del precepto original, así como (2) de la específica mención en su apartado tercero *in fine* al recoger que ésta *"se practicará sin necesidad de caución con cargo a la masa activa"*.

(ii) La inclusión en su ámbito subjetivo (1) de los apoderados generales, en los mismos términos que respecto de los administradores y liquidadores y (2) de los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso; todo ello en consonancia con la reforma operada en el ámbito de los sujetos susceptibles de ser condenados al pago del déficit concursal[360].

(iii) Los cambios o aclaraciones en su redacción, determinando tras esta reforma que su adopción sería posible (1) respeto de los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubiesen tenido esta

[359] Véase, a tal efecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal», en *AA.VV. 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*, Cizur Menor: Civitas, 2013, ISBN 978-84-470-4588-4, pp. 89-120.

[360] Nótese en este sentido que, aun cuando no compartimos la aplicación extensiva el art. 263.5 TRLSC en el ámbito de la Sección de calificación, de ser finalmente ésta la doctrina que pudiese ser fijada por nuestro Tribunal Supremo, ello entendemos tendría su relejo directo en la extensión también en el ámbito de esta especial medida cautelar por su configuración como instrumental de la eventual -aunque necesariamente probable- condena en la posterior sección de calificación concursal.

> condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso *"cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley",* y ello *"por la cuantía que el juez estime"* y, (2), respecto de los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso*, "en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas".*

Mientras que, por su parte, finalmente, el texto refundido del 2020, en similares términos pasó a recoger esta medida cautelar en el vigente art. 133 TRLC[361], eso sí, *(i)* sustituyendo a los apoderados generales por los directores generales de la persona jurídica en consonancia con la paralela reforma llevada a cabo en los posibles sujetos condenados al déficit concursal e *(ii)* incluyendo la matización en su apartado primero -dedicado a los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración- respecto de la fundada posibilidad de ser condenados a la cobertura total o parcial del déficit.

Así pues, habiendo sido ya expuesta su configuración histórica y actual, consideramos oportuno significar algunos de los principales aspectos jurídico-procesales que deben ser tenidos en cuenta[362]:

---

[361] Se recomienda en todo caso la lectura del competo estudio de esta figura tras la reforma operada por el texto refundido realizado por GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 607-614.

[362] Un completo y reciente análisis de este embargo cautelar *ex* art. 133 TRLC puede encontrarse en HUALDE LÓPEX, I., «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores

(i) Legitimación activa

La legitimación activa regulada con motivo de esta especial medida cautelar ha recaído tradicionalmente y, recae hasta nuestros días, en la administración concursal y el propio juez, al poder ser ésta adoptada de oficio; peculiaridad esta última que, no obstante, por la vía indirecta ha supuesto la posibilidad de que otros posibles interesados en su adopción, como los acreedores sociales, hayan "pedido al juez" que éste lleve a cabo su adopción, claro está, a su criterio y sin sujeción a tal petición[363].

(ii) Legitimación pasiva

La legitimación pasiva de esta especial medida cautelar recae única y exclusivamente en (1) los administradores de derecho y de hecho, (2) los liquidadores de derecho y de hecho y (3) los directores generales de la persona jurídica concursada; ello respecto de los que cumpliesen tal condición bien al momento de la declaración de concurso, bien dentro de los dos años anteriores a esta declaración.

Como ya habrá podido advertir el lector, pese a ser una medida que ha sufrido diversas reformas desde su concepción original en la LC -reformas que, como hemos visto *ut supra*, específicamente incidieron incluso en su ámbito subjetivo-, a día de hoy el eventual cómplice en la sección de calificación, en lógica coherencia de que no puede ser sujeto condenado al pago total o parcial del

generales de la persona jurídica concursada», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 62, 2024, pp. 119-152.

[363] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 430/2007, de 26 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (AC\2008\424): "*la legitimación para instar la medida cautelar del art. 48.3 corresponde a la Administración Concursal, no a los acreedores, sin perjuicio de que el Juez del concurso pueda acordarla de oficio, lo que no significa que aquéllos deban pedirla y éste acordarla de manera arbitraria o por sistema, sino únicamente si concurren los requisitos exigidos para adoptar una tutela cautelar que es instrumental de una pretensión de condena principal, la del art. 172.3 LC*".

déficit concursal (aunque sí, como ya hemos visto, a la condena a indemnizar daños y perjuicios *ex* art. 455.2.5º TRLC), sigue siendo un elemento ajeno a este embargo cautelar; y ello de igual forma que, a su vez, también lo es de las posibles medidas cautelares a adoptarse con anterioridad a la declaración de concurso *ex* art. 18.1 TRLC, en la medida en que éstas solo podrán afectar al *"patrimonio del deudor"*[364].

(iii) Subsidiaria aplicación de la regulación contenida en los arts. 728 y ss. LEC

Resulta cuando menos exigua la regulación de esta medida cautelar contenida en el art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC y antiguo art. 48 LC), motivo por el cual, como viene defendiendo tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales, respecto de aquellos extremos que no están expresamente previsto en la normativa concursal deberá acudirse al régimen general contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto ésta es expresamente considerada como norma de carácter supletorio por mor de lo dispuesto en el actual art. 521 TRLC[365].

Ello, en la práctica, tiene un claro impacto en dos cuestiones: (1) para algunos -que no todos, siendo una cuestión controvertida- deben considerarse exigibles, *ad extra*, los presupuestos generales regulados en el art. 728 LEC -*fumus boni iuris* y *periculum in mora*, además de la implícita necesidad adicional de la proporcionalidad de la medida[366], ya que ninguna duda puede albergase hoy

[364] REBOLLO DÍAZ, P., «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 11, 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital. Vid., en la misma línea, el razonamiento del Auto núm. 321/2022, de 21 de julio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\179463) (ECLI: ES:JMGI:2022:4637A), con motivo de la *[igualmente]* imposibilidad de acordar medidas cautelares frente a terceros *ex* art. 54 TRLC.

[365] El cual determina que, en lo no previsto en el Texto Refundido de la Ley Concursal será de aplicación lo dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil

[366] La proporcionalidad de la medida que, con carácter general, se exige toda medida cautelar *ex* art. 726.1 LEC, ha sido interpretada en sede de este tipo de embargos cautelares del actual art. 133 TRLC como

respecto de la no necesidad de prestar caución a la vista del vigente art. 133.3 *in fine* TRLC- y (2) en cuanto al procedimiento, igualmente debemos acudir al art. 730 LEC.

Si atendemos a las resoluciones más modernas de nuestros juzgados y tribunales, vemos cómo se muestran claros defensores de la exigencia de los presupuestos generales de *fumus boni iuris* y *perculum in mora* contenidos en el art. 728 LEC el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander en su Auto núm. 180/2020, de 3 de noviembre[367], el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en sus Autos núm. 444/2021, núm. 445/2021 y núm. 446/2021, de 15 de junio[368], el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, en sus Autos núm. 51/2023, de 24 de febrero, 340/2022, de 15 de junio, núm. 329/2022, de 8 de junio, núm. 42/2022, de 28 de enero y núm. 407/2021, de 15 de noviembre[369],

---

la proporcionalidad de la valoración de la gravedad de la medida solicitada y la cuantía que se prevé del riesgo de déficit concursal. *Vid*., en tal sentido, el Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A).

[367] Auto núm. 180/2020, de 3 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta) (JUR\2021\301797) (ECLI: ES:JMS:2020:414A): *"El embargo preventivo de bienes es una de las medidas cautelares específicas o típicas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su art 727.1ª, y expresamente habilitada por el antiguo art 48 ter de la Ley Concursal (LC), hoy art. 133 TRLCo ("embargo de bienes") (…) El auto que resuelva la solicitud de medida (art 735.2 LEC) debe, caso de entender que concurren los requisitos legales, periculum in mora y fumus boni iuris, acceder a la solicitud de medidas, que se acordarán precisando el régimen a que han de estar sometidas…".*

[368] Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A), Auto núm. 445/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2023\250494) (ECLI: ES:JMB:2021:6612A) y Auto 446/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\265007) (ECLI: ES:JMB:2021:2216A).

[369] Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A), Auto núm. 340/2022, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A), Auto núm. 329/2022, de 8 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\162309) (ECLI: ES:JMB:2022:3575A), Auto núm. 42/2022, de 28 de enero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2022\183362) (ECLI:

1. Presupuestos

A nuestro juicio, considerando que *ex* art. 521 TRLC debemos acudir a la LEC para completar el exiguo régimen contenido en el art. 133 TRLC, los presupuestos que deben concurrir cumulativamente para que pueda adoptarse este tipo de medida cautelar pueden resumirse como sigue:

- Que haya sido ya dictado auto de declaración de concurso, *dies a quo* que marca el inicio de la posibilidad de la adopción de esta medida cautelar; ello no obstante sin perjuicio de que, en un momento tan primigenio del procedimiento, se muestre verdadedarmente complicado considerar que ya existe una fundada posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura total o parcial del déficit.

  Nótese a este respecto que, en caso de adoptarse esta medida en un momento verdaderamente inicial del procedimiento, en lo que respecta al déficit entendemos que habría que acudir a una cuantificación solo estimativa si, por el momento de su adoptación, no pudiese aún ser calculado conforme a la actual delimitación contenida en el art. 456 TRLC en atención al valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal y a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores[370].

ES:JMB:2022:1337A), Auto núm. 407/2021, de 15 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2022\15296) (ECLI: ES:JMB:2021:4030A).

[370] Como señalada GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», *cit.*, pp. 607-608, aunque la adopción de esta medida puede llevarse a cabo en cualquier momento desde la declaración de concurso, lo normal es que ésta se adopte una vez llevada a cabo la emisión del informe por la administración concursal ya que será en ese momento en el que ésta habrá podido ya tener una primera apreciación de los motivos que hubiesen llevado a la sociedad a la situación e insolvencia, así como también respecto de la posible concurrencia de alguna de las presunciones contenidas en los arts. 443 y

- Que se dé la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que deberá ser objeto de debido razonamiento por el juzgador al momento de su adopción aun cuando no pueda convertirse este incidente de medidas cautelares en una anticipación de la sección de calificación. El enjuiciamiento que, por tanto, deberá llevarse a cabo por el juzgador en el marco del juicio apriorístico propio de toda medida cautelar sin que, recordemos, sea un adelantamiento del objeto del enjuiciamiento plenario que en su día pueda producirse.

- Que, además, exista la posibilidad fundada de que, atendiendo a la nueva definición del art. 456 TRLC, al valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

- Que las personas contra las que se dicte la medida se encuentren dentro del específico ámbito subjetivo del art. 133 TRLC; esto es, que la medida se interese respecto de administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración.

  Ahora bien, en caso de que sean varios los sujetos respeto de los que se interese la adopción de la medida cautelar, resulta necesario que ese apriorístico enjuiciamiento respecto de la probabilidad fundada de que el concurso sea calificado como culpable y de que dicha culpabilidad razonadamente puede afectar a los concretos sujetos afectos por la

444 TRLC, siendo además éste el momento a partir del cual el administrador concursal podrá determinar si existe o no déficit concursal ex art. 456 TRLC.

medida se realice de manera individualizada respecto de cada uno de ellos[371].

- Que, como vienen señalando tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, se cumplan los tres requisitos adicionales que debe cumplir cualquier medida cautelar en atención a lo dispuesto en los arts. 721 y ss. LEC: (1) *fumus boni iruis,* (2) *periculum in mora* y (3) proporcionalidad en la medida.

2. Procedimiento

El art. 133 TRLC guarda absoluto silencio en lo que respecta al procedimiento por el que debe llevarse a cabo el enjuiciamiento y eventual interposición de esta medida cautelar[372] por lo que, a nuestro juicio, al igual que sucede respecto a los presupuestos que deben concurrir para su estimación, deberemos acudir a la normativa establecida en la LEC con carácter general para la adopción de medidas cautelares *ex* arts. 730 y ss. LEC, por resultar de supletoria aplicación por mor de lo dispuesto en el art. 521 TRLC, lo que podría dar lugar a que éstas se adoptasen incluso *in audita parte*[373] (ello no obstante concediendo *a*

[371] *Vid*., entre otros, el Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A), así como el Auto núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (JUR\2009\176630).

[372] Aun cuando, finalmente, existe consenso respecto de la aplicación del procedimiento general regulado en los arts. 728 y ss. LEC, inicialmente algunas voces abogaron por acudir a la tramitación del incidente concursal. *Vid*., ORTELLS RAMOS, M., «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva ley concursal)», *en AA. VV. Las claves de la Ley concursal (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., QUINTANA CARLO, I y BONET NAVARRO, Á),* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, ISBN 84-9767-491-X, pp. 113-162, p. 154.

[373] *Vid*., entre otros, el Auto de 6 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Bárbara Córdoba Ardao) (JUR\2015\303090) (ECLI: ES:JMB:2014:161A), el Auto de 13 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR\2007\374159), así como el ya referido Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª)

posteriori, entendemos, posibilidad de oposición al afectado por su adopción[374]).

Ahora bien, sí que existe una notable diferencia en este tipo de medidas derivadas, precisamente, de la propia configuración de su legitimación activa.

En particular, la posibilidad que expresamente ha establecido nuestro legislador de que la medida pueda ser acordada de oficio por el propio juez, además de haber abierto la puerta a "peticiones indirectas" por parte de algunos acreedores, como ya hemos apuntado, ofrece un abanico diferenciado de efectos jurídico-procesales.

Así pues, aun cuando debe advertirse al lector que nos enfrentamos a cuestiones que no han alcanzado un pacífico consenso en nuestros juzgados y tribunales, por nuestra parte consideramos que la posible adopción de oficio de esta medida permita al juez (1) subsanar posibles defectos de la razonada solicitud que pueda ser efectuada por la administración concursal e, incluso, (2) la posibilidad de poder apartarse de los propios términos en los que ésta pudo haber sido solicitada por la administración concursal sin que ello suponga vulnerar el deber que congruencia que vertebra nuestro Ordenamiento Jurídico[375].

(Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A).

[374] Lo contrario, entendemos, como se destaca en el Auto núm. 31/2020, de 3 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca) (JUR\2020\216567) (ECLI: ES:APV:2020:1224A), privaría al afectado de la primera instancia, además de ir en contra de la regulación contenida en la LEC.

[375] *Vid*., entre otros, el Auto núm. 114/2012, de 26 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta Rallo Ayezcurren) (AC\2012\2318) (ECLI: ES:APB:2012:7316A): *"Sobre la incongruencia alegada. Según la parte apelante, la resolución incurre en vicio de incongruencia al haber acordado como medida cautelar el embargo de las participaciones de los recurrentes en la sociedad Aika, cuando dicha medida no fue solicitada por la AC en el escrito de demanda ni tampoco posteriormente, en el acto de la vista de las medidas cautelares. Por ello, dice el recurso, habría incongruencia por exceso extra petitum o ultra petitum. (…) Vista la*

Nótese, asimismo, que aun cuando en ocasiones esta posibilidad de adopción de oficio ha sido utilizada como argumento para sustentar una eventual tramitación de esta medida *in audita parte*, en nuestra opinión no sería ésta la que permitiría tal posibilidad ya que, recordemos, tal posibilidad encontraría legítimo amparo por mor de la propia aplicación subsidiaria de nuestra Ley de Enjuiciamiento.

En último lugar, destacar que, en atención a lo dispuesto en el art. 133.5 TRLC, la resolución de la solicitud de medida cautelar adoptará la forma de auto frente al que, cualquier afectado[376], podrá interponer recurso de apelación; ello no obstante sin perjuicio de que, entendemos, dado el gran margen de discrecionalidad que *ex lege* se le otorga al juez del concurso en este ámbito, a su razonado criterio pueda modificarse o incluso alzarse la medida si sobrevenidamente se evidenciase la falta de cumplimiento de algunos de los requisitos que, cumulativamente, deben darse para su adoptación[377].

---

amplitud de las facultades que el precepto atribuye al órgano jurisdiccional, en cuanto a la adopción misma de la medida de embargo y a su alcance, no puede apreciarse la incongruencia alegada".

[376] Nótese que la literalidad del vigente art. 133 TRLC limita esta posibilidad de recurso a los afectados, lo que excluye terceros interesados, pero no afectados. Resultan en todo caso de gran interés las reflexiones que al efecto realiza HUALDE LÓPEX, I., «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores generales de la persona jurídica concursada», *cit.,* p.136: *"el artículo 133.5 del Texto Refundido de la Ley Concursal limita la legitimación para recurrir en apelación el auto resolutorio de la medida a cualquier afectado, excluyendo a terceros interesados no afectados. Desde luego, sería incoherente que, al margen de la posibilidad del juez de decretar la cautela de oficio, únicamente se reconociese legalmente legitimación para pedirla a la administración concursal y, en cambio, cualquier interesado pudiera impugnar la resolución que la adoptase o denegase. De todas formas, ese precepto resulta respetuoso con la doctrina del Tribunal Supremo que, en virtud del principio de personalidad del recurso, ha sostenido la falta de legitimación de la concursada para la defensa de los intereses del administrador en la sección sexta. Eso sí, entendemos que los acreedores legitimados para el ejercicio de la acción de condena al déficit concursal (art. 449 LC) no solo deben tener legitimación para interesar el embargo, a pesar de su falta de reconocimiento legal, sino también para la interposición del correspondiente recurso de apelación frente a la resolución que rechace dicha medida cautelar".*

[377] *Vid*., en tal sentido, el ya referido Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A): *"En este orden de cosas, se había tomado en cuenta*

(iv) Contenido, cuantía y eventual sustitución por aval

El art. 133 TRLC, al igual que lo hacían sus predecesores arts. 48. *Ter* LC y 48.3 LC, a nuestro juicio determina con claridad cuál puede ser el objeto de esta medida cautelar, el embargo de bienes y derechos, sin que, por tanto, resultase posible la adopción de otro tipo de medidas como sí sería posible en el marco de un procedimiento general de medidas cautelares regulado en la LEC.

Entendemos así que no cabría la adopción de medidas tales como, entre otras, la intervención judicial, tal y como así han tenido ocasión ya de pronunciarse tanto nuestros juzgados y tribunales[378] como las voces más autorizadas de nuestra doctrina ya que, no olvidemos, esta medida nace como vía cautelar para vincular los bienes y derechos de los posibles sujetos afectados al cumplimiento de una eventual condena a la cobertura del déficit concursal en el seno de la sección de calificación concursal[379].

---

en la resolución inicial que el hecho de que nos encontremos en un escenario de insuficiencia de masa, y que la AC manifestara, de modo reiterado, que carecía de la información necesaria, sin que la concursada hubiese puesto a disposición de la misma en manos del órgano auxiliar del juez del concurso, constituía un fumus boni iuris suficiente para la adopción de la medida cautelar, cuya urgencia viene dada por la necesidad de evitar que se produzca una dejación de las eventuales responsabilidades patrimoniales respecto de la concursada, a la que se estaría privando de la posibilidad real de subsistir como empresa y de subvenir al pago, siquiera parcial, de sus créditos en el concurso. Sin embargo, de la prueba documental aportada por la concursada y su administrador societario, así como de la prueba practicada en la vista, señaladamente las testificales de D. Luis Enrique, asesor fiscal de CLÍNICAS VERDI, D. Adrián, abogado instante del concurso, y de D. Ángel Daniel, consultor estratégico, se desprende que la convicción indiciaria a la que se había originariamente llegado, y que era la determinante de la concesión de la tutela cautelar, debe variar, y ello sin menoscabo de una eventual actividad probatoria por la parte solicitante en el seno del procedimiento concursal, al haberse evidenciado una serie de circunstancias de naturaleza fáctica que, en sede de procedimiento separado cautelar, producen el efecto de romper la causalidad atribuida por la parte solicitante. (…) con los argumentos arriba expuestos, se entiende necesario el alzamiento de las medidas".

[378] *Vid*., Auto núm. 63/2019, de 10 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2019\138092) (ECLI: ES:APB:2019:1929A): *"En primer lugar, no tiene sentido alguno la adopción de una medida cautelar distinta a la del embargo preventivo cuando lo que se pretende es exclusivamente garantizar un eventual pronunciamiento de condena al pago de una cantidad. Solo el embargo preventivo es instrumentalmente adecuado para garantizar ese tipo de pronunciamientos, lo que descarta la posibilidad de adoptar una medida distinta, como ha hecho el juez del concurso".*

[379] GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», *cit.,* p. 612.

Ahora bien, como expresamente determina el art. 133.4 TRLC, a petición de los sujetos afectos por la eventual medida cautelar acordada, el juez del concurso "podrá" acordar la sustitución del embargo de los bienes y derechos por aval de entidad de crédito.

Nótese, no obstante, en este sentido que, si bien parece que el legislador ha querido dar una vez más una amplia discrecionalidad al juez del concurso en esta materia al establecer que éste "podrá" acceder a la petición de sustitución del embargo por el afectado, por parte de la doctrina se defiende la necesidad de que tal petición sea atendida si el aval ofrecido reúne los requisitos legalmente establecidos al efecto[380].

Y, por lo que respecta a la cuantía, el vigente art. 133 TRLC, retomando la apostilla *"bastante"* que se incorporaba en la redacción original del art. 48.3 LC y que, sin embargo, fue eliminada en el posterior art. 48 *ter* LC[381], preceptúa en la actualidad que este embargo se acordará por el juez del concurso *"por la cuantía que el juez estime bastante"* lo que, en coherencia con la finalidad y proporcionalidad de la que debería gozar en todo caso esta medida supone atender (1) al importe del déficit concursal que, *ex* art. 456 TRLC deberá ser calculado como la diferencia entre el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal y el importe de los créditos reconocidos en la lista de acreedores, disipándose así cualquier controversia anterior respecto de la inclusión o no en su cálculo de los créditos contra la masa al haber quedado éstos expresamente excluidos de su cómputo y, (2) a la debida individualización que, como ya ha sido apuntado, deberá llevarse a cabo respecto de cada uno de los posibles sujetos afectados, quedando proscrita cualquier tipo de imputación

[380] COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Los efectos de la declaración del concurso», en *AA.VV. El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (Dir. por PULGAR EZQUERRA, J.),* La Ley, 2012, ISBN 978-84-8126-441-8, pp. 239-286, p. 275.

[381] Recuérdese que, por su parte, el art. 48. *ter* LC, en su apartado primero *in fine* preceptuaba que *"el embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito".*

generalista y sin razonamiento pese al momento tan inicial en el que pudiese adoptarse esta medida cautelar[382].

3.5 ÁMBITO SUBJETIVO

3.5.1 Delimitación subjetiva contenida en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC)

El art. 442 TRLC, al definir el supuesto general de culpabilidad concursal contine la delimitación subjetiva[383] de las personas cuya actuación dolosa o gravemente culposa, generadora o, al menos, agravadora del estado de insolvencia de la sociedad, será susceptible de provocar la calificación de culpabilidad en la sección de calificación: (1) en el caso de concurso de persona física, la conducta debe ser imputable a ella misma -ello cuando actúe tanto directamente como a través de un apoderado o de un representante voluntario-, pero también, a sus representantes legales y (2), en el concurso persona jurídica, la conducta a enjuiciar deberá haber sido llevada a cabo por sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones[384].

---

[382] Recordemos, a tal efecto pueden verse, entre otros, el Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A), así como el Auto núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (JUR\2009\176630).

[383] Delimitación subjetiva que, no obstante, como veremos *ut supra* pretende ser extendida por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia a sujetos no previstos en él, pretendiendo extender este gravoso régimen de responsabilidad frente a sujetos que el legislador no ha incluido por extensión de la previsión contenida en el art. 236.5 TRLSC respecto de la persona físicas designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica algo que, en nuestro criterio, no encuentra encaje legal a la vista de los principios más elementales de nuestro Ordenamiento Jurídico pese a que, como muchos defienden, puedan existir razones jurídicas que avalarían las bondades de extenderle el régimen de responsabilidad concursal.

[384] Destacan SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «La calificación y la conclusión del concurso. El derecho penal de la insolvencia», en *AA.VV. Lecciones de derecho mercantil (Dir. por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.J.),* Aranzadi La Ley, 2024, Vol. 2, 2024, ISBN 978-84-1078-314-0, pp. 737-762., pp. 8-9, que *"Los efectos de la calificación culpable del concurso habrán de recaer, ante todo, sobre el concursado, pero cuando el concursado hubiese de actuar, necesariamente a través de otras personas (v.gr., representantes legales, administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales), las consecuencias de la calificación*

Este artículo, cuyo presente lo entramos en el art. art. 164.1 LC, como ya ha sido anticipado no ha sido inmune a las numerosas y reiteradas reformas que hemos vivido en nuestro Derecho de insolvencias tras la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Así, un repaso rápido a sus antecedentes legislativos nos ofrece una primera delimitación subjetiva en el original art. 164.1 LC limitada al deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Por su parte, con motivo de la reforma operada en este artículo por el art. único.95 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, éste se vio ampliado en relación con la persona jurídica respecto de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, *"apoderados generales"* -siendo ésta una de sus novedades-, *"y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso"* -extensión temporal respecto de todos ellos que se incluyó igualmente como novedad con motivo de esta reforma y que, recordemos, ha sido mantenida hasta el día de hoy-.

Ahora bien, como ya ha sido advertido, esta delimitación temporal solo resulta de aplicación para la determinación de los sujetos que quedan dentro del enjuiciamiento *ex* art. 442 TRLC pero no respecto de las actuaciones que tales sujetos hayan llevado a cabo, pudiendo ser enjuiciada una conducta generadora o agravadora de la insolvencia llevada a cabo con dolo o culpa grave por cualquiera de estos sujetos aun cuando no hubiese sido

recaerán en realidad sobre esas personas, que serán, por ello, «afectadas por la calificación». Además, algunos efectos de la calificación se extenderán, en su caso, a terceras personas consideradas cómplices, por lo que la sentencia deberá declarar también qué personas merecen esa consideración. El concepto de «personas afectadas por la calificación» no coincide con el de «personas especialmente relacionadas con el concursado» (arts. 282 y 283 LC), aunque bien puede ocurrir que algunos sujetos reúnan esa doble condición. En todo caso, la determinación de las personas afectadas por la calificación ha de ir referida, como es lógico, a quienes hubiesen causado o agravado la insolvencia del concursado".

llevada cabo dentro de esta horquilla temporal de los dos años previos a contar desde la declaración de concurso.

Asimismo, este ámbito subjetivo "volvió a crecer", si se nos permite la expresión, por la reformada operada por la ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, al incluir como último inciso del art. 164.1 LC a *"sus socios conforme a lo conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2"*, esto es, conforme a la presunción de culpabilidad *iuris tantum* relativa a la injustificada negativa de los socios sin existir causa razonable a la capitalización de la deuda o a emitir valores o instrumentos convertibles en el marco de los acuerdos de refinanciación[385].

Para, finalmente, adoptar su actual redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal al traer éste novedades en la sección de calificación[386], entre ellas en lo que respecta a esta delimitación subjetiva por cuanto además de pasar a reubicarse en el nuevo art. 442 TRLC, éste trajo como importante cambio a este respecto la sustitución del *"apoderado general"* por *"el director general"* como posible persona afectada por la calificación[387].

Como señala SANCHO GARGALLO, I., 2021[388], este último cambio legislativo conlleva, por un lado, que los apoderados generales tras su exclusión tienen delimitada

[385] Lo que, en puridad, generaba una cierta duplicidad de la actuación enjuiciada.

[386] Recuérdese que ha habilitación concedida al efecto -primero por la Disposición Final Octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo y, posteriormente, por la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales- *ex* art. 82.5 CE, incluía la facultad de "*regularizar, aclarar y armonizar"* lo que, humildemente entendemos, no debería haber dado lugar a la innovación legislativa.

[387] Destaca en tal sentido la Sentencia núm. 686/2023, de 7 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Monserrat Molina Pla) (JUR\2024\1123) (ECLI: ES:APV:2023:2801): "*la ley es consciente de que en ocasiones quien administra no es un administrador de derecho, pero lo hace bajo esa apariencia, y en otras detrás del administrador legal puede haber actuado otro a quien reamente se le debe atribuir la responsabilidad de lo actuado; y por ello en los arts. 442 y 444 y 455.2.1º TRLC se permite atribuir la responsabilidad de las conductas a los administradores y liquidadores de hecho, o director general, como personas afectas por la calificación".*

[388] SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL,*

su responsabilidad concursal a estos efectos a los supuestos en los que tengan una verdadera condición de administrador o liquidador de hecho y, por otro, una suerte de armonización respecto del régimen de responsabilidad societaria y concursal por cuanto la inclusión del director general va acompasada con la extensión de la responsabilidad societaria *ex* art. 264.4 TRLSC -y, por tanto, respecto de la acción social y de la acción individual- a las personas que tengan atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad tras la reforma operada en dicho artículo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

3.5.2 Especial consideración de la figura del administrador de hecho: requisitos jurisprudencialmente exigidos para acreditar su existencia

De entre los distintos sujetos que quedan dentro del ámbito subjetivo de la calificación concursal delimitado por el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) consideramos oportuno realizar aquí si quiera unas sucintas reflexiones en torno a la figura del administrador de hecho, al ser ésta la figura en la que tradicionalmente se ha tratado de englobar a quien no contaba con una expresa delimitación legal, encontrándonos así ante una figura que nació con la finalidad de extender la responsabilidad a aquellos sujetos que, sin ostentar formalmente la administración social, actuaban como si lo fueran[389].

A este respecto conviene significar que su consideración como sujeto cuyas actuaciones son susceptibles de enjuiciar si han generado o agravado la insolvencia de la sociedad proviene de la propia redacción original contenida en el art. 164.1 LC y, desde entonces, ha permanecido invariable con la única excepción ya referida de la ampliación del límite temporal al que tuviese esa condición en el periodo de dos años antes de la declaración

P. y FACHAL NOGUER, N.), Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 418-423, pp. 418-419.

[389] MORALES BARCELÓ, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia,* Tirant lo Blanch, 2013, ISBN 978-84-9004-777-4, p. 270.

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

Nótese que, aun cuando todavía no encontramos claros precedentes jurisprudenciales por la novedad de la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, fruto del cual se sustituyó al *"apoderado general"* por el *"director general"* en el marco del art. 442 TRLC, es probable que, como ha apuntado ya la doctrina[390], sea precisamente la tradicional figura del administrador de hecho en la que algunos operadores jurídicos pretendan encuadrar de nuevo a los apoderados generales como ya sucedía antes de que se llevase a cabo la instrucción de su figura por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Ahora bien, como ya se advertía entonces, no se puede producir una mera asimilación basada en meros automatismos del apoderado general al administrador de hecho[391], por lo que únicamente podría ser enjuiciada su actuación bajo el prisma de la figura del administrador de hecho si se cumplen los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su apreciación ya que, pese a las constantes reformas de nuestro Derecho de insolvencias,

[390] SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», *cit.*, pp. 418-419.

[391] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995): *"En primer lugar, la sola condición de apoderado general no parece que baste para considerarlo persona afectada … (…) Pero es que, por otra parte, desde el vista positivo, en precedentes ocasiones hemos descartado la tesis estrictamente formal que acude al dato del poder de representación, de manera que no basta para considerar persona legitimada pasivamente en la sección sexta a todo sujeto autorizado por la sociedad para realizar actos o negocios jurídicos por cuenta y nombre de ésta, … (…) En el caso presente, no queda acreditado que actuase el citado gozase de un poder de dirección general y autónomo, …".* En la misma línea destaca la Sentencia núm. 549/2023, de 3 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2023\439286) (ECLI: ES:APO:2023:3147): *"La equiparación automática del apoderado general con la de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en cuanto que personas que encarnan la jerarquía organizativa de la sociedad, y como tales se encuentran legitimados pasivamente para ser personas afectadas por la calificación y poder ser condenadas a cubrir el déficit concursal, no puede ser admitida".*

todavía hoy continuamos sin tener una definición positivizada de lo que debe entenderse como tal[392].

En tal sentido, cabe destacar que la figura del administrador de hecho ha sido ya delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[393] determinando que, para que nos encontramos ante la figura del administrador de hecho a efectos de la pieza de calificación concursal, han de concurrir cumulativamente los siguientes requisitos o elementos:

1. Por un lado, un requisito de naturaleza negativa, esto es, la inexistencia de designación formal de administrador del sujeto del que se predica su atribución como administrador de hecho.

2. Por otro lado, unos elementos caracterizadores de naturaleza positiva que pueden ser resumidos como sigue:

    (i) Debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad.

[392] Esta definición, no obstante, como significaremos de nuevo *ut infra*, sí que ha sido incluida en el art. 236.3 TRLSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el que se determina que tendrán la consideración de administrador de hecho, incluyéndose en él tanto al administrador aparente como al administrador oculto.

[393] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2013\2405) (ECLI: ES:TS:2012:9191): *"Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" (sentencias 261/2007, de 14 marzo, 55/2008, de 8 de febrero, 79/2009, de 4 de febrero, 240/2009, de 14 de abril, 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general".*

(ii) Esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa propia de un verdadero administrador social.

(iii) Se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

3. Y, en tercer lugar, el elemento temporal que a los efectos de la sección de calificación resulta imprescindible, esto es, el de su consideración como tal *"dentro de los años anteriores a la fecha de declaración del concurso"* (art. 442 TRLC).

Nótese a este respecto que, si bien nos encontramos ante una figura de creación y delimitación en el ámbito concursal puramente jurisprudencial, en el ámbito normativo es de recordar que, como ha sido ya apuntado *ut supra*, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico -aunque no en nuestro Derecho de insolvencias- una definición legal de esta figura.

Así pues, en el plano societario, al reformar el art. 236 LSC –destinado a la regulación de los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores en el ámbito societario–, en su nuevo apartado tercero se contiene una definición de la figura del administrador de esto, teniendo la consideración de tal aquella persona *(i)* "*que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador"* -lo que se ha denominado en la doctrina como el administrador aparente-, *(ii) "como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad"* -esto es, el conocido como "administrador oculto".

Vemos por tanto cómo la noción del administrador de hecho se configura -al menos, insistimos, en el ámbito de la responsabilidad societaria, sin perjuicio de que su definición está siendo aplicada en sede de calificación concursal- como aquella persona que, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerce un poder

autónomo, de forma continuada y sistemática, de gestión de la generalidad de los asuntos y materias propias de la sociedad, incluyéndose en esta figura tanto al "administrador aparente" como al *"shadow director"* o "administrador oculto"[394].

Ante este silencio normativo en el TRLC y la positivización del criterio que tradicionalmente había sido delimitado por nuestros juzgados y tribunales llevada a cabo *ex* art. 236.3 TRLSC, la doctrina jurisprudencial está acudiendo a su definición en el ámbito de la sección de calificación concursal[395] y, aun en aquellos supuestos en los que se reconoce que este precepto no puede resultar de aplicación directa en la sección de calificación, en última instancia acuden igualmente a él al objeto de aproximarse a la figura del administrador de hecho[396].

Ahora bien, esta extensión de la aplicación de la definición societaria de la figura del administrador de hecho a la sección de calificación concursal no está exenta de críticas, máxime cuando la finalidad y el alcance de la responsabilidad societaria difiere de los

[394] Destacamos lo dispuesto en la Sentencia núm. 421/2015, de 22 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2015\3512) (ECLI: ES:TS:2015:3442): *"Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad. No se exigía que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que se admitía que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el art. 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo".*

[395] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 101/2020, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2020\342330) (ECLI: ES:JMBA:2020:2730), la Sentencia núm. 18/2021, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2021\211204) (ECLI: ES:JMBA:2021:3238) así como la Sentencia núm. 31/2023, de 23 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2023\329055) (ECLI: ES:JMBA:2023:1774).

[396] Sentencia núm. 75/2023, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Abril Manso) (JUR\2023\394517).

parámetros relativos a la responsabilidad concursal, sin que los supuestos de responsabilidad resulten trasladables de un ámbito a otro al igual que tampoco debería serlo el elenco de sujetos afectados a uno y otro[397].

En todo caso, debe tenerse presente en el ámbito concursal que el artículo 455.2.1º TRLC (antiguo art. 172.2.1º LC) dispone que "*si alguna de las personas afectadas* (por la declaración del concurso como culpable) *lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar específicamente la atribución de esa condición*".

Se exige, pues, una motivación específica que le incumbe al juzgador simétrica a la carga que también les incumbe a los instantes de la calificación de culpabilidad (ahora, el administrador concursal, los acreedores cualificados y, en el ámbito del procedimiento abreviado de calificación, también los acreedores públicos) de demostrar la realidad de los hechos en que se funda la supuesta condición de administrador de hecho de la persona que se pretenda como afectada por la calificación.

Es más, esta argumentación y prueba no deberá limitarse a la mera acreditación de la condición de administrador de hecho de acuerdo con los parámetros anteriormente expuestos, sino que habrá de ponerse en relación con el hecho que ha motivado (o pudiera motivar) la calificación del concurso como culpable[398]; y ello además debiendo tenerse siempre presente el límite temporal de su consideración como tal *"dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso"*[399].

---

[397] RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «La delimitación de la figura del administrador de hecho», Revista de derecho mercantil, ISSN 0210-0797, Nº 301, 2016, pp. 69-109.

[398] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Alemany Eguidazu) (AC\2013\1652) (ECLI: ES:JMM:2013:320): *"La propia Ley Concursal exige una motivación específica para atribuir la condición de administrador de hecho (art. 172.2-1º LC) y debe entenderse que esta condición debe ponerse también en relación con el hecho que ha motivado la calificación. Salvo prueba en contrario, el administrador de iure conserva el dominio del hecho, siendo esta una diferencia significativa con el supuesto anterior del administrador oculto que interpone a un administrador de derecho".*

[399] *Vid*., en relación con el referido límite temporal de dos años exigidos en el art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC), la Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo González-Carrero Fojón) (AC\2015\898) (ECLI:

Una revisión a la práctica forense evidencia nítidamente cómo nuestros juzgados y tribunales exigen de manera inexorable que ese tercero haya venido realizando un ejercicio positivo de laboras de dirección, administración o gestión en la persona jurídica de que se trate, es decir, que haya realizado actuaciones concretas y constantes que hayan revestido una importancia significativa en el ámbito social de la concursada[400].

Y es que, no olvidemos, la condición de administrador de hecho no se presume, sino que antes al contrario debe ser probada con suficiencia (Sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra[401]).

Insistimos, por tanto, tal consideración, como ha destacado la jurisprudencia de nuestros tribunales, debe llevar aparejada un plus de motivación y acreditación -*vid*., entre otras, la Sentencia núm. 405/2016, de 25 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2017\26199) (ECLI: ES:APM:2016:17593), la Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995), así como la Sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Frigola Riera) (AC\2007\857)-.

ES:APC:2015:1479): *"en ningún caso debe responder el administrador actual de actuaciones realizadas por su predecesor en las que aquél no ha intervenido ni cooperado".*

[400] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 48/2016, de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2016\61201) (ECLI: ES:APO:2016:524): *No podemos aceptar que la condición de socio único pueda ser equiparada automáticamente a la de administrador de hecho si no ha mediado al menos una conducta relevante en la gestión social, o si no consta que hubiera impartido instrucciones a tal fin para poder ser tenido al menos como administrador oculto o en la sombra (shadow director), por lo que al no aparecer si quiera alegado ni probado en el caso enjuiciado nada a este respecto es por lo que el recurso deberá prosperar el extremo que nos ocupa en cuanto a Don Aquilino."*

[401] Sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Blanco Saralegui) (AC\2012\381) (ECLI: ES:JMPO:2012:23).

No puede pretenderse por tanto por los instantes de la culpabilidad del concurso una tergiversación de la figura del administrador de hecho, habiendo rechazado ya en reiteradas ocasiones nuestros juzgados y tribunales tal consideración cuando lo único que se pretende en última instancia es derivar los efectos de una eventual calificación de culpabilidad de un concurso a personas solventes (*deep pocket*) abusando de la figura de la administración de hecho, tal y como nítidamente lo determina, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 3 en su Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio[402].

En definitiva, como con total claridad destacó la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia núm. 318/2015, de 16 de julio[403], el administrador de hecho es aquel que tiene el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva, bien llegando a sustituirles, y ello además en este último caso ya sea actuando de manera oculta o en la sombra, ya sea mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal.

[402] Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Alemany Eguidazu) (AC\2013\1652) (ECLI: ES:JMM:2013:320): *"La propia Ley Concursal exige una motivación específica para atribuir la condición de administrador de hecho (art. 172.2-1º LC) y debe entenderse que esta condición debe ponerse también en relación con el hecho que ha motivado la calificación. Salvo prueba en contrario, el administrador de iure conserva el dominio del hecho, siendo esta una diferencia significativa con el supuesto anterior del administrador oculto que interpone a un administrador de derecho. En el caso aquí enjuiciado, no se alega ni demuestra el desplazamiento de la capacidad de decisión contable de D.ª Melisa a su padre, sin que los escritos rectores de la calificación que nos ocupa contengan referencias a la actuación de D. Agustín en relación con la formulación de la contabilidad o que su actuación impidiera la elaboración con exactitud de los correspondientes asientos contables (como en SAP Córdoba 3ª 123/2009, 29.6). (c) Esta interpretación favorece la seguridad jurídica ya que no desmesura la calificación concursal, evitando incentivar pretensiones contra personas solventes (deep pocket) abusando de la figura de la administración de hecho…"*.

[403] Sentencia núm. 318/2015, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) (JUR\2015\196022) (ECLI: ES:APZ:2015:1573).

3.5.3 Controvertida aplicación del art. 236.5 TRLSC en la sección de calificación en contraposición de lo dispuesto en el art. 455.2.1º TRLC

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la condición de administrador de una sociedad de capital puede recaer, a su vez, en una persona jurídica por mor de lo dispuesto en el art. 212 TRLC[404], en cuyo caso, siendo éstas seres inanimados que precisan de una persona física para llevar a cabo sus funciones, resulta de obligada designación por parte de la persona jurídica administradora de una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo *ex* art. 212 *bis* TRLC; previsión que, a su vez, encuentra su reflejo en el art. 143.1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil en el que se preceptúa que, en estos casos, no se procederá a la inscripción del nombramiento de la persona jurídica como administradora hasta que no conste la identidad de la persona física administrada.

Tal y como ha sido objeto de estudio *ut supra* en el Capítulo Segundo, al cual aquí nos remitimos, tradicionalmente la eventual responsabilidad del administrador se detenía en la persona jurídica nombrada como administradora -con carácter individual o en el entendido de miembro de un Consejo de Administración en supuestos de órgano de administración pluripersonal-, sin que fuese posible realizar un trasvase automático de la misma a la persona física designada para su ejercicio.

En este contexto, eran muchas las voces que venían exigiendo la extensión a la persona física designada de los regímenes de responsabilidad que recaen sobre la persona jurídica administradora[405]; regímenes que, como hemos visto, a los efectos que ocupan nuestro estudio, son dos y claramente diferenciados, el societario y el concursal.

---

[404] En cuyo primer apartado se preceptúa que los administradores de una sociedad de capital pueden ser personas físicas o jurídicas.

[405] JORDÁ GARCÍA, R., «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», *cit.,* p. 15 y MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», *cit.,* pp. 85-86.

Pues bien, estas voces fueron atendidas en el plano societario con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, tras la que el nuevo apartado quinto del art. 236 TRLSC -cuya rúbrica, recordemos, es la de *"Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad",* ubicado en el Capítulo V, dedicado a la responsabilidad de los administradores, del Título VI, de la administración de la sociedad- pasó a determinar expresamente que *"la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador".*

Este último inciso que hace que, en el plano societario, no quepa duda alguna de que la persona física designada *(i)* estará sometida a los mismos deberes *[societarios]* que la persona jurídica administradora -quedando así sujetada a los deberes de diligencia y lealtad[406]- y *(ii)* responderá con su patrimonio personal solidariamente con el de la persona jurídica administradora que lo designó, al menos de manera incontrovertida en lo que respecta al ejercicio de la acción social *ex* art. 238 y ss. TRLSC y al ejercicio de la acción individual *ex* art. 241 TRLSC, por así estar expresamente positivizado en nuestro Derecho societario[407].

[406] Con carácter previo a esta reforma había autores que abogaban por considerar que, por coherencia con el sistema previsto, también se le debía exigir al representante de la persona física administradora la diligencia objetiva de un ordenado empresario y no solo la general diligencia del buen padre de familia pese a la omisión legislativa que existía al respecto [*Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, *cit*., p. 59 y DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en *AA.VV. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez (Coord. IGLESIAS PRADA)*, Vol. II, ISBN 84-470-0693-X, Madrid, 1996, pp. 2295-2338, p. 2.326]. No obstante, para otros autores ello no podría considerarse ajustado a Derecho ante la inexistencia de una cobertura legal que lo previese, coincidiendo aquí por nuestra parte con esta postura defendida, entre otros, por SALA SANJUÁN, A.B.., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.*, pp. 141-202.

[407] Por lo que respecta a su controvertida aplicación en el supuesto de la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC nos remitimos aquí al específico análisis realizado al efecto en el Capítulo Segundo del presente trabajo.

Sin embargo, tal extensión no se trasladó al ámbito concursal, en el que ninguna reforma se llevó a cabo a tales efectos manteniéndose inalterada la delimitación de los sujetos que pueden ser condenados en la sección de calificación *ex* art. 455.2.1º TRLC (anterior art. 172.2 LC), y ello pese a que desde entonces han sido numerosas las reformas operadas en nuestro Derecho de insolvencias, algunas de ellas de gran calado, afectando incluso a este concreto ámbito, tal y como hemos tenido ya ocasión de analizar con el debido detalle *ut supra* en el presente Capítulo.

Así pues, pese que la delimitación de quiénes pueden ser declarados personas afectadas por la calificación ha sido un extremo cambiante desde la promulgación y publicación de la Ley Concursal, en ninguna de estas modificaciones el legislador ha optado por incluir expresamente a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica de la concursada, y ello pese a que muchas de estas reformas son incluso posteriores a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Y es que, insistimos, fruto de estas reformas la sección de calificación concursal sufrió la modificación de diversos preceptos que además de mejorar su dicción, como ya hemos analizado, incluyeron reformas de más gran calado -*v.gr.* introduciendo nuevas conductas que podían conllevar la calificación culpable del concurso e incluso variado el círculo de quiénes podrían ser en su caso declarados como personas afectadas por la calificación, habiendo llegado incluso a modificar la naturaleza de la responsabilidad por déficit como así ha declarado el propio Tribunal Supremo y a alterar profundamente la propia tramitación y roles otorgados a los sujetos intervinientes en la sección de calificación-.

Es más, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 9/2015, de 25 de mayo -posterior ésta a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre- se llevó a cabo la reforma del art.172.2.1º LC que definía quiénes pueden ser declaradas "*personas afectadas"* por la calificación con la finalidad *[entendemos]* de procurar la máxima armonía posible entre los diferentes preceptos que pudieran resultar de aplicación a esta materia, corrigiendo las referencias que ese precepto contenía al antiguo art. 165.4º LC para referirse al anterior art.165.2.4º

LC y delimitar perfectamente así un grupo de sujetos *afectados* por la calificación[408]. Si en ese momento el legislador español no incluyó expresamente a la persona física designada por la persona jurídica administradora entendemos que, como ha sucedido con otros silencios legislativos -siendo un claro ejemplo de ello lo acontecido con motivo de la compatibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores ex art 241 TRLSC estando en tramitación el concurso de acreedores de la sociedad administrada-, es porque no es su voluntad su inclusión[409].

Nótese, asimismo, que la normativa societaria lo que hace es imponer deberes en este art. 236.5º TSLSC al representante persona física de la persona administrada, sin que ello pueda suponer, de manera automática -al menos en nuestra opinión- que se lleve a cabo una interpretación extensiva del actual art. 455.2.1º TRLC (antiguo art. 172 LC), cuya naturaleza sancionadora resulta incontrovertida, quedando tal opción por tanto vedada *ex* art. 4 CC[410]. Máxime cuando, además, ni siquiera la normativa societaria le otorga la

[408] Destaca MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *cit*., p. 421, que *"el carácter más limitado de la relación de personas susceptibles de verse afectadas por la calificación de culpable del concurso permite inferir la naturaleza sancionadora de este instituto frente a la conformación de la responsabilidad civil resarcitoria de los administradores tal y como resulta del TRLSC".*

[409] Este razonamiento se muestra análogo a los previos contenidos en las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales, siendo un ejemplo de ello lo dispuesto en el Auto núm. 98/2017, de 5 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2017\209505) (ECLI: ES:APM:2017:2634A) al destacar, respecto del modo en que deben coordinarse las acciones societarias y las concursales, *"que no existe exquisito paralelismo entre el círculo de personas que pueden ser sujetos pasivos de pronunciamientos condenatorios en la sección de calificación del concurso y el círculo de personas que hayan ostentado la condición formal de administradores los dos años anteriores a la declaración del mismo".*

[410] Respecto de la naturaleza sancionadora o, al menos, pseudo-sancionadora tras las últimas reformas, de la responsabilidad concursal y del diferente ámbito de responsabilidad que ésta presenta frente al régimen societario *vid*., entre otras, la Sentencia núm. 516/2019, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR\2020\35115) (ECLI: ES:APM:2019:15209): *"No cabe contemplar una interpretación extensiva de la previsión del art. 236.5 TRLSC, dada la naturaleza de la norma del art. 172 LC, de responsabilidad y pseudo-sancionatoria, art. 4.2 CC*". Y, en la misma línea, determina la Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545): *"no parece que quepa realizar una interpretación amplia o extensiva de los términos en que aparece redactada la norma si tenemos en cuenta que estamos en presencia de un presupuesto para la aplicación de normas de carácter sancionador, como ocurre con la condena de inhabilitación prevista en el art. 172-2-2º L.C.".*

condición de representante legal de la compañía administrada por su representada, pues no olvidemos que *ex* art. 233 TRLSC[411], el representante persona física lo es la persona jurídica administrada, no de la sociedad que ésta administra.

En este contexto, pese a lo anteriormente expuesto, tras la reforma operada en el ámbito societario por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la práctica judicial española nos encontramos sin embargo con numerosos supuestos en los que se viene solicitando que la persona física designada de la persona jurídica administradora sea uno de los sujetos afectados por la calificación concursal para lo que, por un lado, se obvia la literalidad de los dispuesto en el art. 455.2.1º TRLC (anteriormente regulado en términos similares en el art. 172.2 LC) -así como a los argumentos que acaban de ser expuestos- y, por otro, se acude a la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLSC en su nueva redacción argumentándose al efecto que se debe considerar extensible a la responsabilidad concursal la regulación del régimen establecido en el citado artículo, al disponer éste tras la reforma, recordamos, que ésta -en el plano societario, insistimos- *"estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador".*

Tal posibilidad a nuestro juicio debe considerare, cuanto menos, discutible, como ya hemos tenido ocasión de anticipar, pues no deben perderse de vista cuestiones de vital importancia tales cómo, entre otras, la ausencia de mención alguna a la persona física designada en el elenco de posibles personas afectadas relacionadas en el art. 455.2.1º TRLC (antiguo art. 172 LC), la imposibilidad de aplicar analógicamente normas sancionadoras aun cuando sean relativas a ilícitos civiles *ex* art. 4 CC, el hecho de que el TRLC es una ley especial, así como el diferente ámbito de responsabilidades que, como ya ha sido analizado, se regula en ambas leyes.

[411] Determina el art. 233.1 TRLSC que: *"En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente".*

Nótese, a este respecto, que si bien nuestra respuesta fue distinta al analizar la posible aplicación subsidiaria del régimen previsto con carácter general en la LEC respecto de las medidas cautelares en lo que atañe a la especial medida cautelar contenida en el art. 133 TRLC, ello en modo alguno supone obstáculo a que rechacemos la aplicación subsidiaria del TRLSC en este punto por cuanto, no olvidemos, el art. 521 TRLC señala a la LEC como normativa supletoria de aplicación, a diferencia de lo que sucede respecto del TRLSC pues, en relación a éste, ninguna remisión expresa se contiene en nuestro Derecho de insolvencias.

No debe olvidarse que la literalidad de la normativa concursal solo permite que en la sección de calificación se condene a quienes se identifican como personas afectadas por la calificación y a sus cómplices y, en tal sentido, determina el actual art. 455.2.1º TRLC literalmente que: *"en caso de persona jurídica, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, los directores generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones".*

Así pues, si atendemos a la literalidad de la norma concursal (reiteradamente reformada tras la reforma societaria llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, con reformas además de intenso calado en el ámbito de la sección de calificación concursal, sin que en ninguna de ellas se haya extendido a la persona física designada por la persona jurídica administradora esta responsabilidad concursal), vemos cómo el art. 455.2.1º TRLC, al igual que hacía su predecesor art. 172 LC[412], no extiende la calificación ni las

[412] Nótese, a este respecto, que la dicción que fue dada al antiguo art. 172 LC respecto de estos extremos por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, era la siguiente: "*En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso";* previsión que, además, se veía reiterada a su vez en el art. 172 bis.1 LC respecto la condena al pago del déficit concursal, así como también resultaba del art. 164.1 LC.

posibles sanciones a imponer en sede de calificación concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora de la concursada[413].

Nótese, además, que ante esta delimitación que la propia normativa concursal realizaba en caso de concurso de persona jurídica respecto de aquellas personas que podían considerarse como afectadas por la calificación, debía considerase que la *"personada afectada por la calificación"* se configurada como un específico y concreto concepto legal al ser la propia Ley Concursal la que delimitaba subjetivamente quiénes podrían eventualmente ser declaradas personas afectas por la calificación y, por ende, la enumeración que el legislador había reflejado para ello, a nuestro juicio debía *[y debe]* concebirse como una suerte de *numerus clausus*; extremo que, no obstante, pasó a ser especialmente controvertido tras la reforma operada en el ámbito societario por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

En línea con ello, si acudimos a lo dispuesto tradicionalmente por nuestros juzgados y tribunales, encontramos reiterados pronunciamientos judiciales en los que se atendía a esta limitación subjetiva, si bien es cierto que en algunos casos como una cuestión *obiter dicta* al no suponer en los supuestos enjuiciados la cuestión controvertida a resolver[414].

Frente a ello, tras la reforma societaria -aun cuando no concursal- operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, con la inclusión del ya referenciado apartado 5º del art. 236

[413] Resulta de recomendada lectura sobre esta materia FUENTES DEVESA, R., «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal,* ISSN 1889-4380, Nº. 2, 2019, pp. 1 y ss. edición digital.

[414] Ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia núm. 167/2017, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Ponente: Ilmo. Sr. Pedro José Malagón Ruiz) (JUR 2017\235722) (ECLI:ES:JMSS:2017:631), dictada con posterioridad incluso a la reforma societaria llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se afirmaba que, en aquellos supuestos en los que la concursada es una persona jurídica, la eventual calificación "*solo podrá afectar a aquellos que hayan sido administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso"*. Idéntico pronunciamiento ha sido reproducido por este Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián en posteriores sentencias [*Vid.*, entre otras, Sentencia núm. 119/2019 de 9 abril (AC 2019\1148) (ECLI:ES:JMSS:2019:633), Sentencia núm. 31/2020 de 23 enero (JUR 2020\163009) (ECLI:ES:JMSS:2020:1057)].

TRLC, como apuntábamos se tornó altamente controvertida la pretendida extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica.

De esta forma, nuestros juzgados y tribunales menores se han venido enfrentando, con motivo de las peticiones realizadas por los instantes de la calificación de culpabilidad -hasta la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la administración concursal y el Ministerio Fiscal y, tras ella, la administración concursal, los acreedores cualificados y, en el marco de los procedimientos abreviados de calificación, *ad extra* los acreedores de derecho público-, a la controvertida cuestión de si puede verse afectada por una sentencia de calificación dictada en el seno de un concurso de acreedores la persona física designada por la persona jurídica administradora de la sociedad concursada o si, por el contrario, ello no es posible sobre la base de que esa afectación únicamente puede predicarse a estos efectos respecto de esa persona jurídica administradora[415], sin que se pueda efectuar un trasvase automático de esta afectación a la persona física que aquella designa para el desempeño material de esa actuación de administración.

[415] Entendemos no obstante que, en caso de la que persona física designada llevase actuaciones que, en atención a lo sucedido en el concreto caso enjuiciado, hubiese realizado actuaciones que escapasen a las instrucciones dadas por la persona jurídica administradora, pudiesen tener encuadre en otras figuras como el administrador de hecho o incluso el cómplice. Ello no obstante debiendo tenerse presente que nuestro Alto Tribunal en cierta medida parece que vetó la posibilidad de condenar como administrador de hecho a la persona física designada en su Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Orduña Moreno) (RJ\2018\788) (ECLI: ES:TS:2018:716), al determinar que: *"por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley"*. Véase, asimismo, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «La afectación de la calificación concursal de la persona natural designada por la administradora social persona jurídica», en *AA.VV., 2020 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos* (Coord. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.), Ed. La Ley, 2020, ISBN 9788418349034, pp. 275-302, donde se analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de 21 de noviembre de 2018, dictada en la sección de calificación, en la que se señala que la persona física designada por el administrador social persona jurídica no puede ser declarada persona afectada por la calificación de concurso culpable como administrador de derecho, destacando además la autora la controversia existente respecto a la posible afectación por la calificación culpable del representante persona física de la persona jurídica administrador social y su posible consideración (o no) como administrador de hecho.

Y, si acudimos a lo dispuesto tanto en la doctrina como en las sentencias dictadas por nuestros juzgados y tribunales, vemos cómo, a día de hoy, nos encontramos ante una cuestión jurídica respecto de la que, pese a su importancia para garantizar la necesaria seguridad jurídica que debe presidir nuestro Ordenamiento Jurídico, ni existe consenso doctrinal ni tampoco judicial[416].

Como analizaremos *ut infra* a continuación, los distintos operadores jurídicos se enfrentan a la indeseable inseguridad jurídica inherente a la existencia de jurisprudencia claramente contradictoria de Audiencias Provinciales, sin que hasta la fecha se haya fijado todavía doctrina por parte del Tribunal Supremo sobre esta materia; escenario que, no obstante, parece que pronto llegará a su fin por cuanto no solo es que se encuentren en tramitación ante nuestro más Alto Tribunal diversos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación con motivo de esta controversia sino que, de hecho, en fecha 14 de febrero de 2024[417] al menos uno de ellos ya ha sido admitido a trámite por lo que, próximamente, se espera conocer cuál será su criterio.

---

[416] Aun cuando con carácter *obiter dicta* por no resultar temporalmente de aplicación la reforma operada por la Ley 31/2014, de diciembre, estas primeras dudas con motivo de las peticiones que comenzaron a realizar los administradores concursales y el Ministerio Fiscal se evidencia, entre otras, en la Sentencia núm. 16/2021, de 13 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José González Moravilla) (JUR\2021\108652) (ECLI: ES:APOU:2021:25): *"No se contempla expresamente en el precepto a la persona física representante de una persona jurídica, aunque el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que toda persona jurídica administradora debe designar a una persona natural para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Es cierto que desde la entrada en vigor de la reforma de la legislación societaria operada por la Ley 31/2004 de 3 de diciembre, el apartado 5 del artículo 236 establece que la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador. Esta norma, sin embargo, es discutible que pueda aplicarse de forma extensiva desde su propio ámbito, que es el de los deberes de los administradores y su responsabilidad, a otro ámbito distinto, de carácter sancionador, como el de la calificación concursal".*

[417] Auto de 14 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. D. Francisco Martín Castán) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A), por el que se acuerda administrar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 979/2021, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en el rollo de apelación núm. 1614/2020, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 600/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante.

En este escenario, sin perjuicio de que entendemos que, ante la más que probable inminente fijación de doctrina por parte del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en un corto-medio especio de tiempo se acabará con la disparidad de criterios jurisprudenciales ante el que nos encontramos (y, por ende, con la grave situación de inseguridad jurídica derivada de ello), consideramos necesario exponer aquí, si quiera sucintamente, los argumentos que sustentan las dos tesis que tanto jurisprudencial como doctrinalmente se encuentran enfrentadas en esta materia.

Para ello resulta oportuno partir de la completa exposición que a tal efecto se contiene, entre otras, en la Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia[418], en la que se recoge un detallado resumen de la controversia que existe a este respecto con indicación de las diferentes corrientes doctrinales y judiciales. Así pues, y aun cuando no compartimos el criterio finalmente acogido en ella al decantarse el tribunal por la aplicación de la tesis integradora partidaria de considerar persona afectada por la calificación culpable también a la persona física, sin duda el estudio previo que realiza antes de alcanzar su conclusión evidencia con total nitidez cuál es el estado de esta controvertida cuestión en su Fundamento de Derecho Segundo, cuyo esquema nos servirá de guía para su estudio.

[418] Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916). Nótese no obstante que dicha sentencia ha sido dictada en el marco de la tramitación de once concursos de acreedores de un grupo de sociedades, fruto de lo cual sus razonamientos se replican en análogos términos en las siguientes diez sentencias dictadas igualmente por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa: Sentencia núm. 332/2023, de 23 de marzo (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303), Sentencia núm. 465/2023, de 20 de abril (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165), Sentencia núm. 477/2023, de 27 de abril (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161), Sentencia núm. 526/2023, de 4 de mayo (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253), Sentencia núm. 626/2023, de 11 de mayo (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688), Sentencia núm. 665/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808), Sentencia núm. 666/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807), Sentencia núm. 680/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723), Sentencia núm. 681/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727), Sentencia núm. 688/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810).

1. La tesis excluyente o restrictiva

Esta tesis -que hemos defendido *ut supra*- aboga por la improcedencia de aplicar el art. 236.5 TRLSC en la sección de calificación concursal, apoyándose para ello, esencialmente, en los siguientes argumentos:

(i) La lectura literal de la normativa concursal, que no lo contempla como una de las personas afectadas por la calificación.

Como ha sido expuesto, a nuestro juicio debe regresarse a la tradicional concepción de la delimitación subjetiva contenida en el actual art. 455.2.1º TRLC como *numerus clausus*.

(ii) La imposibilidad de interpretación extensiva del elenco de sujetos afectados, por imperativo del art 4. CC, al tratarse de normas represivas de ilícitos civiles.

Ésta es, quizás, la razón de mayor peso que puede alegarse como vía justificativa de la tesis restrictiva que defendemos ya que, en última instancia, supondría a nuestro juicio vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, pues no olvidemos la gravedad de las sanciones que se le podrían imponer a la persona física designada por la persona jurídica administradora sin que ello esté expresamente previsto en el TRLC de acogerse la tesis contraria -*vid*. inhabilitación, pérdida de derechos en el concurso, indemnización de daños y perjuicios e incluso déficit concursal[419]-.

[419] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Lourdes Arranz Freijo) (JUR\2017\136991) (ECLI: ES:APBI:2017:561): *"no hay que olvidar que el art. 172 es una norma sancionadora que impone a los afectados por ella una sanción civil, la inhabilitación para administrar, la pérdida de sus derechos*

(iii) La ausencia de base legal que imponga una correlación entre los sujetos responsables en el ámbito societario y los responsables en la esfera concursal, tratándose de una asimetría prevista en la ley que debe ser respetada, ello además con independencia de que tal asimetría pueda deberse a una consciente voluntad del legislador o simplemente a su imprevisión ya que, tal extremo, resulta irrelevante cuando lo que se pretende es aplicar analógicamente una norma sancionadora como ya ha sido advertido.

En todo caso, como argumento de peso a este respecto resulta de vital importancia a estos efectos el hecho de que (1) nuestro Derecho de insolvencias haya sido objeto de reiteradas reformas sin en que ninguna de ellas se haya llevado a cabo esa asimilación, máxime cuando algunas de ellas han afectado a la propia delimitación subjetiva de las personas que pueden ser afectadas por la calificación, encontrándonos además con la *[penúltima]* reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en la que se han alterado sustancialmente las reglas del juego en la sección de calificación, (2) así como por cuanto la figura de la persona física designada por la persona jurídica administradora no es ajena al propio TRLC pues a ella sí que se hace expresa referencia en su art. 132 al regular la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores.

Asimismo, (3) si acudimos a lo dispuesto en los países de nuestro entorno, puede destacarse el supuesto francés, tal y como ha sido analizado por nuestros juzgados y tribunales[420], en el que se procedió a

económicos en el concurso y una eventual responsabilidad civil por deuda ajena, por lo que se debe excluir toda interpretación expansiva."

[420] Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545): *"Cabe*

> reformar expresamente el *Code de Commerce* (mediante la *Loi 2005-845*) precisamente para equiparar la posición de uno y otro frente a los acreedores también en el ámbito de la insolvencia; equiparación que, sin embargo, no ha sido deseada -o, al menos, ejecutada-, en nuestro Ordenamiento Jurídico por lo que, a falta de una reforma expresa, no puede procederse a una interpretación extensiva no querida por el legislador.

En el ámbito doctrinal, como defensores de esta tesis restrictiva o excluyente encontramos, entre otros, a SALA SANJUAN, A.B., 2023[421], GARCÍA-

---

concluir por tanto que el legislador español decidió en la reforma de Ley 31/2014 acoger la llamada solución francesa únicamente en lo que afecta al ámbito propio del derecho de sociedades pero no así a la situación concursal, lo que veda la posibilidad de extender el círculo de las personas afectadas por la calificación a la persona física representante de la persona jurídica. Como argumento a fortiori cabe añadir que en el ordenamiento francés se procedió a reformar el Code de Commerce (mediante la Loi 2005- 845) precisamente para equiparar la posición de uno y otro frente a los acreedores también en el ámbito de la insolvencia, disponiendo que la responsabilidad por insuficiencia de activo recaerá sobre los administradores de la persona jurídica en concurso, y también sobre la persona jurídica representante permanente de los administradores personas morales, previsión que sin embargo no ha sido seguida por el legislador español en ninguna de las sucesivas reformas habidas en nuestro ordenamiento concursal".

[421] SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.* pp. 141-202, trabajo en cuyo Apartado III dedicado al análisis de *"Las novedades de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal en la calificación",* dedica el punto noveno al estudio de *"La ausencia del representante-persona física del administrador-persona jurídica como sujeto pasivo"*, concluyendo tras ello que *"Para considerarlo como sujeto pasivo en el ámbito de la calificación concursal, haría falta, como apunté antes, una mención expresa del texto refundido de la Ley Concursal que, actualmente, no existe. Sin expresa mención en el texto refundido de la Ley Concursal sería necesario, en mi opinión, probar su contribución efectiva a la producción o aumento del déficit concursal a través de actos autónomos de verdadera administración, lo que equivaldría a considerarlo como administrador de hecho, lo que nos devuelve a la anterior reflexión. Por anómala que se nos antoje esta conclusión a la luz del artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital, que los somete a los mismos deberes y responsabilidades que a los administradores, el estado actual de esta cuestión no nos permite establecer, como decía, una correlación absoluta que no descanse –y esto sería un error– en argumentos claramente dogmáticos. En consecuencia, mientras no se operen cambios sobre esta materia en nuestro Derecho vigente, la declaración de "persona afectada por la calificación culpable" deberá proyectarse sobre la persona jurídica-administradora, y no sobre el representante-persona física de esta; a menos que su afección a la culpabilidad concursal derive de su condición, adecuadamente motivada, como administrador de hecho, cosa bien distinta";* conclusión que, como ya habrá advertido el lector, es aquí expresamente ratificada por nuestra parte.

CRUCES, J.A., 2017[422], HERNÁNDEZ SÁINZ, E., 2015[423] y MUÑOZ PAREDES, A., 2015 [424].

Mientras que, por su parte, en el plano forense, fiel defensora de la misma se ha erigido, entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), siendo muestra de ello sus Sentencias núm. 182/2015, de 26 de junio, 99/2017, de 1 de marzo, 516/2019, de 4 de noviembre, 44/2020, de 24 enero, 427/2022, de 6 de junio y 808/2022, de 24 de octubre[425], así como también la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) en su ya referida Sentencia núm. 356/2019, de 3 de

[422] GARCÍA-CRUCES, J.A., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores sociales», en *AA.VV. Culpa y responsabilidad (Coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G.)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ISBN 978-84-9152-671-1, pp. 395-422, pp. 414 y 415: *"no podrá extenderse –sin más– a la previsión del apartado 5 del artículo 236 LSC en los supuestos en que se enjuicie en la sección de calificación la conducta seguida por la persona natural representante del administrador persona jurídica. El mero hecho de ostentar tal condición, y al margen de las previsiones societarias, no permite la inclusión de esta persona en el círculo de las denominadas personas afectadas por la calificación, pues la literalidad de las reglas concursales así lo impone".*

[423] HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 49-106; autora que rechaza la aplicación del art. 236.5 TRLSC en el ámbito concursal afirmado categóricamente que su reforma no afecta a las reglas concursales de determinación de las personas afectadas por la calificación concursal contenidas en aquel momento en el art. 172.2 LC, hoy en el art. 455.2.1º TRLC.

[424] MUÑOZ PAREDES, A. MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores: la responsabilidad concursal, Vol. II,* ISBN:978-84-9059-230-4, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

[425] Sentencia núm. 182/2015, de 26 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2015\205758) (ECLI: ES:APM:2015:10855), Sentencia núm. 99/2017, de 1 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR\2017\119602) (ECLI: ES:APM:2017:4227), Sentencia núm. 516/20219, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR\2020\35115) ECLI: ES:APM:2019:15209), Sentencia núm. 44/2020, de 4 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR\2020\290014) (ECLI: ES:APM:2020:8561), Sentencia núm.427/2022, de 6 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Vázquez Pizarro) (JUR\2022\285785) (ECLI: ES:APM:2022:8009) y la Sentencia núm. 808/2022, de 24 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo) (JUR\2023\16882) (ECLI: ES:APM:2022:17580).

mayo[426] y, por su parte, también la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) en su también citada Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo[427].

2. La tesis extensiva o integradora

Esta tesis, partidaria de considerar persona afectada por la calificación culpable también a la persona física, se sustenta principalmente, entre otros, en los siguientes argumentos:

(i) El argumento sistemático, al considerar que la responsabilidad societaria y concursal traen causa de un tronco común, que obliga a buscar la coordinación entre una y otra normativa, con superación de las omisiones a la hora de definir los sujetos responsables del actual art 455.2.1 TRLC (anterior art. 172.1.2 LC).

(ii) El argumento teleológico, ya que con ello se facilita la satisfacción efectiva de los perjudicados y se evita que este mecanismo de representación pueda ser utilizado para eludir la responsabilidad efectiva de la persona física y,

(iii) La ausencia de motivos que justifiquen su exclusión, ya que, si esta persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica está sometida a los mismos deberes que los administradores, consecuencia lógica de ello es que responda como estos cuando no observa estos deberes, no solo en el ámbito societario sino en otros, como en el concursal.

[426] Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545).

[427] Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Lourdes Arranz Freijo) (JUR\2017\136991) (ECLI: ES:APBI:2017:561).

En el ámbito doctrinal, como defensores de esta tesis extensiva o integradora encontramos, entre otros, a SANCHO GARGALLO, I., 2021[428], FUENTES DEVESA, R., 2021[429], BRENES CORTÉS, 2017[430] y GARNICA MARTÍN, F., 2015[431].

Por su parte, aun cuando rechaza la posibilidad de una interpretación extensiva de la previsión contenida en el art. 236.5 TRLSC por ser una norma sancionadora, defiende ALONSO UREBA, A., 2021, en todo caso la extensión de la responsabilidad a la persona física designada por la persona jurídica administradora no por la vía de la aplicación de aquel artículo sino como una consecuencia de la posición jurídica en la que queda la persona física designada indirectamente por la norma societaria[432].

---

[428] SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», *cit.*, pp. 524-526, afirmando el autor respecto de la responsabilidad concursal que, bajo su criterio: *"resulta de aplicación la misma regla que el apartado 5 del art. 236 prevé para la acción social de responsabilidad"*, tras lo que analiza las modificaciones o adaptaciones que debería llevarse a cabo en las eventuales condenas contempladas en el art. 455.2 TRLC para adaptarlas a la persona física designada por la persona jurídica administradora. En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», *cit.,* p. 630.

[429] FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», *cit*., pp. 5054-5055, defiende la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLC bajo estos mismos argumentos tanto respecto de la responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC como en el ámbito concursal.

[430] BRENES CORTÉS, J., «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *cit.,* p. 20.

[431] GARNICA MARTÍN, F., «Deberes de los administradores y responsabilidad societaria», *en AA. VV. Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo (Dir. por VÁZQUEZ ALBERT, D. y CALAVIA MOLINERO, J.M. y Coord. por MORALES BARCELÓ, J. y PÉREZ CARBÓ, P.P.),* Thomson Reuters Aranzadi, 2015, RJC. Revista Jurídica de Cataluña, pp. 203-206.

[432] ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLConc», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 34, 2021, pp. 21-58, pp. 13-16, destaca que: *"la persona física representante no está obligada a seguir las indicaciones o instrucciones de quien le designó como tal si considera que ello implicaría contravenir su deber de diligencia o lealtad conforme a los artículos 225 y ss. LSC, debiéndolo poner en conocimiento de la persona jurídica administrador; a su vez, ésta tiene un deber in eligendo e in vigilando, pudiendo sustituirle si no sigue sus indicaciones o si, en su opinión, actúa contraviniendo los deberes de diligencia y/o lealtad. Y de ahí la consecuencia de la solidaridad del art. 236.5 LSC, siendo ello plenamente trasladable al ámbito de la responsabilidad concursal ex artículo 456 TRLConc. No se trata de extender la aplicación del art. 236.5 LSC a lo*

Y, en el plano forense, como ya ha sido anticipado ésta ha sido la tesis acogida, entre otras, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) en sus Sentencias núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia en sus Sentencias núm. 306/2023, de 9 de marzo, 332/2023, de 23 de marzo, 465/2023, de 20 de abril, 477/2023, de 27 de abril, 526/2023, de 4 de mayo, 626/2023, de 11 de mayo, 665/2023, de 7 de junio, 666/2023, de 7 de junio, 680/2023, de 7 de junio, 681/2023, de 7 de junio y 688/2023, de 7 de junio[433], no siendo no obstante la única, habiéndose acogido también a ésta la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en su Sentencia núm. 83/2016, de 19 de abril[434] y, más recientemente, podemos citar aquí en la misma línea la Sentencia núm. 1/2023, de 2 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona[435].

concursal mediante una interpretación/ampliación extensiva de dicho artículo, lo que efectivamente no cabría en temas de responsabilidad, sino de una consecuencia de la posición jurídica de la persona física representante en cuanto sujeta a los mismos deberes que la persona jurídica administrador, y de las relaciones entre ambos (responsabilidad por culpa in eligendo e in vigilando), sin que deba acudirse por tanto a la calificación como administrador de hecho de la persona física representante para poder hacerla responder concursalmente".

[433] Sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, núm.: 306/2023, de 9 de marzo, (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916), 332/2023, de 23 de marzo (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303), 465/2023, de 20 de abril (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165), 477/2023, de 27 de abril (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161), 526/2023, de 4 de mayo (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253), 626/2023, de 11 de mayo (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688), 665/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808), 666/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807), 680/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723), 681/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727), y 688/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810).

[434] Sentencia núm. 83/2016, de 19 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2016\144157) (ECLI: ES:APB:2016:3797).

[435] Sentencia núm. 1/2023, de 2 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Montserrat Morera Ransanz) (JUR\2023\56818) (ECLI: ES:JMB:2023:41).

En nuestra humilde opinión, por los motivos que han sido expuestos consideramos que la tesis que debería ser finalmente acogida por nuestro más Alto Tribunal debería ser la tesis restrictiva -criterio que, como ha sido advertido, pronto se conocerá-, ello sin perjuicio de que, si la opción legislativa de España sea la de extender la responsabilidad concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora, lo que resultaría procedente sería llevar a cabo una *[nueva]* reforma del TRLC ya que, con la actual configuración legal, vemos difícil que se pueda sostener una automática aplicación extensiva del art. 236.5 TRLSC en la sección de calificación so pena de vulnerar lo dispuesto en el art. 4 CC y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

3.6 LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA DEL ARTÍCULO 37. *BIS* TRLC: A VUELTAS CON LA ACCIÓN INDIVIDUAL DEL ADMINISTRADOR

Aun cuando, como hemos visto, es la sección de calificación la vía concursal por excelencia para la exigencia de responsabilidad del administrador -al menos respecto de aquellas actuaciones que pueden ser susceptibles de enjuiciamiento en ella-, consideramos necesario significar en último lugar la responsabilidad que se deriva frente al administrador en caso de que nos encontremos ante un supuesto de declaración de concurso sin masa *ex* art. 37 *bis* TRLC.

Nótese, en este sentido, que tras la reforma operada por la Ley 22/2022, de 5 de septiembre, se introdujo un nuevo régimen aplicable al concurso sin masa -conocido bajo el sistema de la anterior regulación como concurso exprés, del ya derogado art. 176.*bis*.4 LC-, que llevó consigo importantes cambios en esta figura a la que muchas mercantiles deudoras venían acogiéndose.

Aun cuando no es objeto del presente trabajo el análisis del régimen relativo al concurso sin masa, sí que consideramos oportuno significar aquí si quiera sucintamente cuáles son

sus principales notas características ya que, como veremos *ut infra*, precisamente por el incremento de deudores que venían acogiéndose a esta posibilidad cercenando la posibilidad de que sus acreedores pudiesen ver satisfechos sus créditos -al menos si quiera parcialmente- en el procedimiento concursal de su sociedad deudora, ello provocó en última instancia un nuevo aliciente para que los acreedores insatisfechos tratasen de resarcirse del daño sufrido acudiendo al ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administraciones; aliciente que, como veremos a continuación, consideramos que se mantiene -e incluso se puede incrementar- con este nuevo régimen del concurso sin masa al que ahora son susceptibles de acogerse un mayor número de deudores.

En tal sentido, el actual art. 37 *bis* TRLC preceptúa que nos encontramos ante un concurso sin masa cuando concurran los siguientes supuestos que en él se enumera, además, por el orden que en dicho artículo se enumeran:

a) "El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.

b) El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.

c) Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.

d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos".

Ante esta regulación, en aquellos casos en los que de la propia solicitud de concurso y de los documentos que a la misma se acompañen se evidencie que nos encontramos ante cualquier de estos supuestos, entrarán en juego las reglas previstas en los arts. 37 *ter*, 37 *quater* y 37 *quinquies* TRLC -regulación que, ya advertimos, presenta notables silencios o lagunas que están siendo suplidos en la práctica forense por la vía de acuerdos de jueces

y magistrados en cada una de las plazas[436]-, las cuales pueden ser sintéticamente resumidas como sigue:

1. El juez dictará auto declarando el concurso con expresión del pasivo, sin más pronunciamientos, dándole publicidad -a través del tablón edictal judicial único y del Registro Público Concursal-, con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal[437] para que, en el plazo de un mes desde su aceptación, presente informe *"razonado y documentado"*[438] sobre si existen indicios suficientes *(i)* de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a la normativa concursal, *(ii)* para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada o contra el resto de "personas asimiladas" en los términos que han sido analizados ut supra *ex* art. 236 TRLSC[439] y *(iii)* de que el concurso pudiese ser calificado como culpable.

[436] *V.gr*., Encuentro de la Jurisdicción Mercantil de Andalucía. Concurso sin masa. Granada 10 y 11 de Noviembre de 2022.

[437] Cuya retribución, determina el art. 37 *quater*. 1 TRLC, será fijada en el mismo auto en el que se proceda a su nombramiento, debiendo tenerse en cuenta a este respecto, adicionalmente a la controversia que actualmente gira en torno a su cuantificación, el hecho de que *ex lege "su satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado",* lo que como ha venido siendo criticado, puede suponer un elemento desincentivador para que los acreedores se acojan a esta protección que le ha querido conferir el legislador concursal.

[438] Para lo que se impone al deudor, *ex* art. 37 *quater*.2 TRLC, la obligación de facilitar con inmediatez la totalidad de la información que sea requerida al efecto por el administrador nombrado.

[439] Esto es, en atención a lo dispuesto en el art. 37 *ter*.1.2º TRLSC, el informe deberá versar, entre otros, extremos, respecto de si existen o no indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra *"los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados".*

2. Tras este primer paso pueden producirse dos escenarios diferenciados:

   – Que ningún acreedor o acreedores que representen al menos ese cinco por ciento del pasivo[440] solicite el nombramiento de administrador concursal a estos efectos, en cuyo caso: si el deudor fuese persona natural, podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho[441], sin que la ley expresamente prevea consecuencia específica alguna para el caso de ser persona jurídica, debiendo entenderse quizás como la finalización del procedimiento.

   – Que se solicite su nombramiento y se emita este *"razonado y documentado"* informe y, si: *(i)* apreciase estos indicios, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos inherentes a la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación, continuando el procedimiento conforme a la ley rituaria concursal, estableciendo no obstante como especialidad la obligación de la administración concursal para ejercitar las acciones rescisorias y/o las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurra el plazo de un mes desde la presentación de su referido informe

[440] Cuantificación que, ya apuntamos, si bien está llevándose a cabo en la práctica forense en atención a lo recogido en la propia solicitud y documentos presentados por el deudor, ello puede dar lugar a controversias en caso de que existan acreedores que consideren que su crédito no ha sido correctamente recogido.

[441] Aun cuando, como ya ha sido advertido, no forma parte de este trabajo el estudio de las implicaciones del concurso de la persona física, en lo que respecta a la posible exoneración del pasivo insatisfecho se recomienda la lectura de TOMÁS TOMÁS, S., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II», Anuario de derecho concursal, ISSN 1698-997X, Nº. Extra 58, 2023, pp. 85-140 así como, por las interesantes reflexiones complementarias derivada de esta materia, de obligada lectura encontramos CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 56, 2022, pp. 101-120, trabajo este último en el que sus autores analizan extremos de gran relevancia procesal en el marco de la ejecución singular tales cómo la posible consideración como una posible pérdida de la acción o como el otorgamiento de una excepción material oponible por el deudor exonerado.

> mientras que, *(ii)* si no los apreciase, ante el *[nuevo]* silencio legislativo, cabe pensar que igualmente el procedimiento concursal estará llamado a su conclusión.

Pues bien, expuesto lo anterior a los meros efectos de contextualización del objeto del estudio que aquí nos ocupa, lo relevante es que, en aquellos supuestos en los que se produzca el archivo del concurso sin masa, los acreedores podrán contar -como ya sucedía con el anterior régimen- con la vía de la acción individual de responsabilidad del administrador social *ex* art. 241 TRLSC en aquellos *[restringidos]* supuestos en los que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos al efecto.

En tal sentido, puede ser aquí citada, entre otras, la Sentencia núm. 128/2023, de 8 de septiembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín)[442], en la que se destaca la vía que quedaría expedita para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante la ausencia de *"una liquidación ordenada"* tras la terminación del concurso sin masa en atención a las previsiones contenidas en el art. 37 *bis* TRLC (insistimos, al igual que lo venía haciendo con motivo de lo que se ha venido conociendo como concurso exprés del ya derogado art. 176.*bis*.4 LC)[443]

---

[442] En tal sentido, tras resumir la doctrina jurisprudencial existente al respecto, culmina la Sentencia núm. 128/2023, de 8 de septiembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín) (JUR\2023\399041) (ECLI: ES:JMM:2023:4390) determinando que: "*Podría así concluirse que si la solicitud de concurso del deudor en insolvencia, además en situación de pérdidas cualificadas, sana y corta la responsabilidad ex art. 367 LSC por razón de las deudas posteriores a la declaración concursal; si tal declaración concursal lo es sin masa del art. 37.bis o exprés del derogado art. 176.bis.2 LCo, la ausencia de actuaciones liquidativas en el seno del concurso provoca el nacimiento en el órgano de administración de un especial deber de diligencia en acometer una ordenada liquidación societaria de los activos [-que sea un concurso sin masa en modo alguno significa que no haya patrimonio que liquidar y distribuir entre los acreedores, si bien fuera de un concurso cuyos gastos no se pueden asumir-]; por lo que no realizadas por los administradores demandados, desde enero de 2020 en adelante, tales actuaciones liquidativas, deben responder por el cauce de la acción individual; estimando este tribunal que la presencia de unos activos de 24 millones de euros a fecha del balance de 31.10.2018 permiten afirmar la relación de causalidad entre dicha conducta omisiva y el impago total o parcial del crédito".*

[443] Destaca al efecto CERVERA SIGNES, F., «La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores», *cit.*, p. 8, que "*la declaración del concurso sin masa y posterior conclusión no exonera a los administradores societarios de realizar una ordenada*

Y es que no debe olvidarse que, una vez extinguida la personalidad civil de la sociedad *ex* art. 37 bis TRLC, los administradores de la sociedad continuarían sujetos al deber de diligencia exigida para realizar los actos que resultasen necesarios para llevar a cabo -hasta donde alcance en todo caso el exiguo patrimonio social- una liquidación ordenada de la misma sin perjuicio de que, lógicamente, fruto de las particularidades de la residual capacidad que podría albergar la sociedad, deberá adoptar el administrador las *ad extra* cautelas que puedan resultar necesarias para garantizar la validez de sus actos jurídicos[444].

liquidación societaria de los activos propiedad de la mercantil, pudiendo llegar a incurrir el administrador en responsabilidad societaria en caso de omitir dichas acciones de liquidación, atendiendo al perjuicio que pueda llegar a causarse a los acreedores" lo que, como ha sido determinado por nuestros juzgados y tribunales, abriría la puerta al acreedor social para ejercitar la acción individual de responsabilidad de administradores.

[444] Por lo que respecta al uso responsable que deben hacer los administradores o liquidadores de la sociedad de la personalidad jurídica residual hasta la completa extinción de las relaciones jurídicas de la sociedad en este tipo de supuestos puede verse el Auto núm. 196/2017, de 24 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2018\51715) (ECLI: ES:APM:2017:5501A).

CAPÍTULO CUARTO
LA *[DUDOSA]* PROTECCIÓN DEL ACREEDOR ANTE LA SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA

Sumario

4.1 LA SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA. 4.1.1 El espíritu de la Directiva 2019/1023 respecto de las obligaciones de los administradores sociales en caso de probabilidad de insolvencia. 4.1.2 La probabilidad de insolvencia y las acciones societarias a disposición del acreedor social. 4.1.3 La probabilidad de insolvencia y la responsabilidad concursal. 4.2 REFLEXIONES RELATIVAS A LA OPORTUNIDAD DE ESTABLER UN ESPECÍFICO RÉGIMEN DE RESPOSABILIDAD CONCURSAL RESPECTO DE LAS ACTUACIONES DEL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA. 4.2.1 *Early Warning System* como vía para determinar posibles "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia". 4.2.2 Propuesta de reforma del TRLSC.

4.1 LA SITUACIÓN DE PROBAILIDAD DE INSOLVENCIA

El nuevo concepto de probabilidad de insolvencia introducido con la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, es un estadio previo a la insolvencia actual o inminente[445] introducido por el legislador español en nuestro Ordenamiento Jurídico con motivo de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), para muchos no se ha traducido en la configuración de una herramienta legal que proteja a los acreedores ante la "probabilidad de

[445] *Vid.* FACHAL NOGUER, N., «¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm.9, 2022.

insolvencia"; nuevo concepto hasta entonces desconocido en nuestro Derecho de insolvencias.

En este sentido conviene significar, como apunta MORALEJO MENÉNDEZ, I., 2023[446], que debe considerarse que se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia aquellos deudores respecto de los que, previsiblemente, de no alcanzarse un plan de reestructuración, o podrán cumplir regularmente con las obligaciones que venzan en los próximos dos años; horquilla temporal que, como vemos, se fija con gran amplitud a diferencia de la litación temporal de tan solo tres meses que pasó a fijar la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para definir en la nueva redacción dada al art. 2.3 TRLC, los supuestos de insolvencia inminente.

4.1.1 El espíritu de la Directiva 2019/1023 respecto de las obligaciones de los administradores sociales en caso de probabilidad de insolvencia

Las decisiones legislativas adoptadas en España con motivo de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), para muchos ha supuesto,

[446] MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre reestructuración y solvencia) [BOE-A-2022-14580]. Reforma de la Ley Concursal: ordenación del concurso, preconcurso y procedimientos especiales para microempresas», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 11, Nº. 1, 2023, pp. 225-240, p. 226.

como apuntábamos, una oportunidad perdida para contar con un régimen legal que proteja a los acreedores sociales ante la probabilidad de insolvencia de su deudora[447].

En tal sentido, conviene comenzar recordando lo dispuesto por la Directiva 2019/1023 en sus considerandos (70)[448] y (71)[449], en los el que el legislador comunitario ha tratado de buscar el necesario equilibrio en situaciones próximas a la insolvencia, en virtud del cual, *(i)* por un lado, se promueva la reestructuración preventiva evitando que los

[447] El lector podrá encontrar un atinado estudio de la posición de los acreedores en los casos de probabilidad de insolvencia en MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *cit*. Este trabajo, el magistrado, con gran rigor e indiscutible ingenio acudiendo a metáforas literarias, realiza una razonada crítica a las decisiones legislativas adoptadas en España con motivo de la transposición de la Directiva 2019/1023, planteando una posible vía de protección del acreedor ante la probabilidad de insolvencia relacionando al efecto el art. 225 TRLSC con el no traspuesto art. 19 de la Directiva 2019/1023. No podemos por tanto más que compartir aquí las acertadas reflexiones realizadas por su autor.

[448] "*Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva".*

[449] *"En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva. La presente Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas".*

administradores sociales se vean disuadidos de tomar decisiones empresarias razonables, aun cuando se asuman riesgos comerciales igualmente razonables, máxime si con estas decisiones se mejoran las posibilidades de llegar a una reestructuración de una empresa viable y, *(ii)* por otro, se protejan también los intereses de los acreedores frente a las decisiones que adopten los administradores sociales que puedan afectar negativamente al valor del patrimonio del deudor.

Y, precisamente en la búsqueda de este ansiado equilibrio, finalmente se refleja la regulación adoptada en esta materia en lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva 2019/1023[450] (incluido en el Capítulo 5 destinado a regular las obligaciones de los administradores sociales), en el que, bajo la literal rúbrica de *Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente*, se preceptúa lo siguiente:

> *"Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente:*
>
> *a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados;*
>
> *b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y*
>
> *c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa".*

Nótese, no obstante que, pese a que en la versión española este artículo 19 aparecía referido a los supuestos de "insolvencia inminente", si acudimos a otras versiones este supuesto parece estar más próximo al de la probabilidad de insolvencia que a la situación de insolvencia inminente en los términos que tradicionalmente han sido concebidos en España.

[450] En su primera versión, art. 18.

Así, si atendemos a su versión inglesa, este artículo 19 se muestra del siguiente tenor literal:

> *"Duties of directors where there is a likelihood of insolvency*
>
> *Member States shall ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors, have due regard, as a minimum, to the following:*
>
> *(a) the interests of creditors, equity holders and other stakeholders;*
> *(b) the need to take steps to avoid insolvency; and*
> *(c) the need to avoid deliberate or grossly negligent conduct that threatens the viability of the business".*

Y, de hecho, este concepto de *likehood of insolvency* o "probabilidad de insolvencia" sí que ha sido respetado en otras versiones, siendo un ejemplo de ello la versión francesa en la que se determina lo siguiente:

> *"Obligations des dirigeants lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité*
>
> *Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les dirigeants tiennent dûment compte, au minimum, des éléments suivants:*
>
> *a) les intérêts des créanciers, des détenteurs de capital et des autres parties prenantes;*
> *b) la nécessité de prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité; et*
> *c) la nécessité d'éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise".*

La diferencia, convendrá el lector, no resulta baladí[451], máxime a la vista de los términos en los que posteriormente fue transpuesta dicha Directiva por el legislador español, lo que

[451] Destaca al efecto CERVERA SIGNES, F., «La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores», *cit.*, p. 8, que *"La Directiva (EU) 2019/1023, de 20 de junio (en adelante la Directiva) (LA LEY 11089/2019), en su traducción al castellano titula el artículo 19 como «Las obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente», sin embargo, el catedrático y registrador mercantil Fernández del Pozo, indica que esta traducción es incorrecta puesto que la Directiva original redactada en inglés habla de «likehood of insolvency», cuya traducción literal se corresponde con «probabilidad de insolvencia» . En este sentido, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022), de Reforma del Texto de la Ley Concursal ha venido a distinguir entre insolvencia inminente, situación que se produce cuando el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, de la probabilidad de insolvencia que es la situación que se produce cuando objetivamente se prevea que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años. La diferencia entre un concepto y otro resulta muy*

ha supuesto que, para una parte de la doctrina, con la literalidad de la versión española se excluyan del ámbito de protección de los acreedores aquellas actuaciones del órgano social que se alejen de la situación de insolvencia actual o inminente, quedando relegadas a la mera situación de probabilidad de insolvencia; diferencia que, como no podría ser de otra manera, no solo ha generado un debate doctrinal sino que, también, tiene su impacto en las resoluciones judiciales dictadas por nuestros juzgados y tribunales[452].

Por tanto, no debemos perder de vista que este artículo 19, en su correcta traducción -al menos a nuestro juicio-, anticipa el refuerzo exigido en los deberes de diligencia de los administradores sociales al estadio previo a la insolvencia, esto es, al estadio de la *likehood of insolvency* o "probabilidad de insolvencia", y no al de la insolvencia inminente.

Nótese, en tal sentido, que este mismo estadio de *likehood of insolvency* es el que se utiliza por la Directiva 2019/1023 en su considerando (24)[453], dedicado al marco de la

---

relevante, puesto que mientras que tomando como punto de partida el concepto de insolvencia inminente la responsabilidad se limita a los tres meses previos a no poder cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones (artículo 2.3 TRLC), con la probabilidad de insolvencia el plazo de responsabilidad se amplía a que no se puedan cumplir regularmente las obligaciones que venzan en el plazo de dos años (artículo 584.2 TRLC)". Por su parte, resulta recomendable el referido trabajo realizado por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *Almacén de derecho*, enero de 2023, disponible a fecha 7 de mayo de 2024 en «https://almacendederecho.org/diligencia-preconcursal-y-accion-individual-de-responsabilidad».

[452] FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *cit.,* pp. 3 y 4*, es* claro al significar que *"La distinción entre "insolvencia" y la "probabilidad de insolvencia" no es cuestión meramente académica por cuanto toda la Jurisprudencia del TS que ha recaído sobre los requisitos para que pueda prosperar la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales en situaciones de crisis entendida en un sentido amplio (en la literatura: "Financial Distress" vs. Failure) suele venir referida a ciertas actuaciones de los administradores que son más bien inmediatamente próximas a la insolvencia (definitiva)".*

[453] En la versión española quedó reflejado nuevamente *[de manera errónea, a nuestro juicio]*, como sigue: "*El marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores, entre ellos las entidades jurídicas y, si así lo dispone la normativa nacional, también las personas físicas y los grupos de empresas, para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales. El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna*

reestructuración como herramienta que se pone a disposición del deudor para que pueda evitar finalmente verse incurso en una situación de insolvencia, con la misma terminología que en el artículo 19 (esto es, con el término *likehood of insolvency* en la versión inglesa y el de *insolvencia inminente* en la española) se hace referencia a una mera situación de probabilidad de insolvencia que puede ser superada con un adecuado plan de reestructuración que haga posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales.

En cualquier caso, y aun dejando a un lado la discusión respecto del supuesto concretamente reculado en este art. 19, de lo que no cabe duda es de que si se atiende al espíritu de esta Directiva 2019/1023 se convendrá en que se anima a los Estados Miembros a que, en cierta medida, se anticipe en cierta forma la protección de los acreedores, lo que pudo haber sido aprovechado por el legislador español para introducir en su trasposición un régimen específico de responsabilidad del administrador en caso de insolvencia probable (estadio de la insolvencia introducido por nuestro legislador, junto a las tradiciones situaciones de insolvencia actual e inminente, con motivo de transposición de esta Directiva).

---

las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial", mientras que en la inglesa ésta determina lo siguiente: *"A restructuring framework should be available to debtors, including legal entities and, where so provided under national law, natural persons and groups of companies, to enable them to address their financial difficulties at an early stage, when it appears likely that their insolvency can be prevented and the viability of the business can be ensured. A restructuring framework should be available before a debtor becomes insolvent under national law, namely before the debtor fulfils the conditions under national law for entering collective insolvency proceedings, which normally entail a total divestment of the debtor and the appointment of a liquidator. In order to avoid restructuring frameworks being misused, the financial difficulties of the debtor should indicate a likelihood of insolvency and the restructuring plan should be capable of preventing the insolvency of the debtor and ensuring the viability of the business".* Como convendrá el lector, en este contexto de deseada reestructuración como vía previa para evitar la insolvencia, parece si cabe más evidente que el legislador europeo, al incluir en la Directiva 2019/1023 la regulación referente a la situación de la *likelihood of insolvency,* lo que pretende es regular la situación de probabilidad de insolvencia, y no la de insolvencia inminente, con independiente de la terminología que finalmente se recoja en la versión española.

Así pues, al margen de que, efectivamente como ya hemos visto, en todo caso nuestro Ordenamiento Jurídico al momento de la transposición de esta Directiva 2019/1023 ya ponía al alcance de los acreedores cuatro principales posibles vías de protección: *(i)* dos en el plano societario, con la acción individual (art. 241 TRLSC) y la acción de responsabilidad solidaria por deudas (art. 367 TRLSC) -al margen de la indirecta acción social de responsabilidad- y *(ii)* otras dos en el plano concursal circunscritas en todo caso a la sección de calificación, esto es, la relativa a la responsabilidad concursal por daños y perjuicios (art. 455 TRLC) y la posible condena al déficit concursal (art. 456 TRLC); para distintas voces autorizadas éstas no colman los supuestos de insolvencia solo probable [454].

Sin embargo, y tras el debate que se inicialmente generó al respecto[455], finalmente la opción del legislador español hace que, si se acepta como válida la *[al menos aparentemente errónea]* versión española, atendiendo a su literalidad una parte de la doctrina considera que este artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 no conllevaba la introducción de ninguna reforma específica en nuestro Ordenamiento Jurídico en la

[454] MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *cit.*, p. 3.

[455] Nótese, a este respecto, que con motivo de la Consulta Pública evacuada, de conformidad con los previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (previsión que tiene por objetivo mejorar la participación de los ciudades en el procedimiento de elaboración de normas) y de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016 (por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, publicado por la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, al encontrarnos ante un extremo en el que la Directiva concedía a los Estados Miembros margen discrecional, se planteó la siguiente pregunta en el cuestionario publicado al efecto: *¿Considera que, en caso de probabilidad de insolvencia, deben establecerse, bien en la legislación de sociedades, bien en la Ley Concursal, especiales deberes de diligencia de los administradores de las sociedades a fin de evitar la insolvencia tomando en consideración los intereses de los acreedores y de los trabajadores (artículo 19 Directiva)? ¿Con qué consecuencias en caso de incumplimiento?".*

medida en que su aplicación se limitaría a aquellas situaciones en las que el órgano social detectase una situación indiciaria de una insolvencia inminente[456].

Por tanto, a día de hoy nos encontramos con que esta errónea traducción de lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019/1023, no solo ha tenido como efecto directo la existencia de un debate doctrinal respecto del alcance de su previsión[457], sino que también, en última instancia, como veremos *ut infra*, está teniendo su reflejo en las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales, donde esta situación previa de probabilidad de insolvencia, estadio previo a la tradicional situación de insolvencia actual o inminente, no parece estar teniendo acogida ni en la responsabilidad del administrador societaria, ni en la concursal.

4.1.2 La probabilidad de insolvencia y las acciones societarias a disposición del acreedor social

Como ha sido previamente analizado *ut supra* en el Capítulo Primero -a cuyo contenido aquí nos remitimos expresamente a fin de evitar innecesarias reiteraciones-, el acreedor tiene a su disposición dos acciones societarias directas para poder exigir responsabilidad

[456] MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente», *Análisis/agosto 2019, Gómez-Acebo & Pombo*, disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/08/La-Directiva-20191023-VI_deberes-de-los-administradores-sociales_v2.pdf».

[457] Si bien finalmente el texto de la versión española de la Directiva 2019/1023 optó por utilizar el ya referido término de "insolvencia inminente", hay que señalar que en la versión original de la todavía Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, así como en la versión de 8 de octubre de 2018 aprobada por el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea -Coreper II-, el término recogido era de "riesgo de insolvencia", motivo por el cual muchos celebraron esta novedad por considerarla clarificadora al haber adoptado en su versión final un término que no es ajeno a la tradición legislativa española, tal y como destaca GÓMEZ ASENSIO, C., «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de restructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, Nº 12, febrero 2020, pp. 472-511, p.482. Así, entre los distintos autores que criticaron esta inicial elección, cabe destacar a ROJO FERNÁNDEZ, A.J., «La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Núm. 42, 2017, pp. 99-111.

al órgano de administración: *(i)* la primera, la acción individual *ex* art. 241 TRLSC[458] y *(ii)* la segunda, la acción de responsabilidad solidaria por deudas (art. 367 TRLSC).

Ahora bien, llegados a este punto, conviene recordar que la situación de insolvencia probable o probabilidad de insolvencia fue introducida por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley 16/2022, por lo que siendo su inclusión tan reciente todavía no contamos con un número suficiente de resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales que nos permitan perfilar cuál será el criterio judicial para determinar el impacto que podría tener la situación de mera probabilidad de insolvencia a la hora de enjuiciar las actuaciones que puedan ser llevadas a cabo por los administradores sociales durante dicho periodo.

No obstante lo anterior, sí que nos encontramos con la Sentencia núm. 310/2022, de 30 de diciembre, dictada por Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Oviedo[459], de la que parece inferirse que la acción individual del administrador *ex* art. 241 TRLCS no es una herramienta de protección para el acreedor ante una situación de mera probabilidad de insolvencia ante la ya analizada restrictiva legitimación del acreedor para poder acudir a esta vía ante una situación de insolvencia de la sociedad. Así pues, en dicha Sentencia vemos cómo, acogiéndose a la última doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo, considera el Magistrado que, al resultar necesaria para el éxito de la acción individual una *"situación de crisis irreversible"*, ésta excluiría la mera situación de probabilidad de insolvencia al asimilarse

[458] *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *cit.*

[459] Sentencia núm. 310/2022 de 30 diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias). JUR 2023\161865, ECLI:ES:JMO:2022:13787.

con una situación de insolvencia actual e incluso de tipo cualificado que aboque a la sociedad a su directa liquidación concursal.

Resulta clarificador a este respecto lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de esta Sentencia núm. 310/2022, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Oviedo, al indicar que, en caso de tener que identificar la "*situación de crisis irreversible, con acreditada falta de capital"* con algunas de las diferencias categorías de insolvencia positivizadas en nuestro Derecho de insolvencia con carácter previo a la introducción de la insolvencia probable por mor de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ésta "*se identificaría mejor, a nuestro criterio, con la insolvencia actual y, dentro de ella, con la cualificada del art. 2.4 TRLC, aquella que se hace visible al tráfico en diversos hechos reveladores. Y calificando la jurisprudencia la crisis como irreversible, entendemos que se compadece mejor con un concurso liquidatorio",* matizando el Magistrado en dicha Sentencia que *"dado que la liquidación tanto puede ser suerte primaria del concurso como consecutiva al fracaso de un convenio, entendemos también que la situación fáctica que sirve de presupuesto a la acción del art. 241 debe limitarse a los concursos en que la liquidación es directa y no consecutiva a un convenio, salvo, claro está, que se perciba que el convenio era inviable desde un principio".*

4.1.3 La probabilidad de insolvencia y la responsabilidad concursal

El art. 5 TRLC mantiene la limitación temporal del deber del deudor *"de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual",* ello unido a que el presupuesto objeto aparece regulado en el art. 2 del citado texto legal precisando en su apartado tercero, tras recoger en el primero que *"la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor"*, que *"la insolvencia podrá ser actual* -cuando el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles- *o inminente*

-cuando el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones-*"*.

Y, por su parte, incluso si acudimos al procedimiento especial para microempresas, pese a encontrarse éste abierto a la probabilidad de insolvencia, nos encontramos con que nuevamente el presupuesto regulado, en esta ocasión, en el art. 686.2 TRLC, nos encontramos con una análoga exclusión de este estadio al determinar literalmente que *"el deudor tendrá el deber legal de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia actual cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado"*.

Por tanto, ante una situación de mera probabilidad de insolvencia el deudor no tiene la obligación de solicitar el concurso voluntario de acreedores, de hecho, está impedido para hacerlo[460], por lo que ningún reproche concursal se le podrá hacer a aquel administrador que, estando *[solo]* en una situación de probabilidad de insolvencia, no instó el concurso.

[460] El legislador español destacaba en el apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), lo siguiente: *"Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y esta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal"*.

Así pues, una vez descartada la posibilidad de poder acogernos a la presunción de culpabilidad *iris tantum* recogida en el art. 444.1º TRLC[461], cabe preguntarnos si podría tener acogida la aplicación de la cláusula general contenida en el art. 442 TRLC[462], esto es, si la actuación llevada a cabo por el administrador societario en una situación de probabilidad de insolvencia puede considerarse que generó o agravó el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave[463].

---

[461] Artículo que preceptúa que *"El concurso se presume El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. (...)"*.

[462] *"El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones"*.

[463] Nótese que, si nos circunscribimos a la literalidad de la versión española de la Directiva (UE) 2019/1023, para algunos autores la sección de calificación sí que podría ser suficiente para el enjuiciamiento de la conducta del órgano de administración en las situaciones previstas en su artículo 19. *Vid.*, entre otros, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente», *cit*., quien afirma que *"Si es necesaria una reforma o no, depende de cómo se interpreten las normas sobre calificación culpable del concurso. Desde luego, si la cláusula general de concurso culpable del apartado 1 del artículo 164 se interpreta como un comportamiento doloso o culpable grave desde un punto de vista subjetivo («dolo o culpa grave») causalmente enlazado con la producción de un daño al patrimonio del deudor en detrimento de sus acreedores («generación o agravación de la insolvencia») habrá que reformar la ley, porque no resultaría una regulación adecuada: pueden darse comportamientos que perjudiquen los intereses jurídicamente protegidos por esta regulación sin causar un daño al patrimonio del deudor. En nuestra opinión, sin embargo, se debe desvincular la calificación culpable del concurso de la idea de que la generación o agravación de la insolvencia consiste en causar un daño al patrimonio del deudor. El juicio de calificación concursal es un juicio de antijuridicidad que no requiere identificar la producción de un daño patrimonial concreto, sino simplemente un comportamiento doloso o culpable grave (contrario a un estándar de gestión ordenada) que perjudique de modo objetivamente imputable (previsible) la posición jurídica de los titulares de intereses jurídicamente protegidos por la regulación concursal en su conjunto (que hubiera mediado en la generación o agravación de la insolvencia). Si además ese comportamiento ha causado un daño patrimonial concreto o ha provocado una traslación indebida del riesgo de insolvencia de la sociedad, determinará la imposición de las consecuencias indemnizatorias o de reintegración del déficit que estén previstas para el caso de calificación culpable del concurso. La normativa concursal protege una pluralidad de intereses que anuda al concepto de «interés del concurso», a cuya consecución se debe orientar desde luego la administración del patrimonio del deudor concursado (arts. 43 y 44 LC), pero también la gestión del deudor en una situación de proximidad a la insolvencia. Entre esos intereses se encuentran los del deudor (en realidad, de los socios), los de los acreedores como titulares de derechos de crédito —que comprenden no sólo facultades de orden patrimonial, sino también funcional y de defensa de su posición jurídica (derecho a elegir la solución del concurso más adecuada a sus intereses)— y los de los trabajadores y otros interesados vinculados a la actividad empresarial desarrollada por el deudor (venta de la unidad*

Ahora bien, pese a que, en el plano teórico, efectivamente podríamos considerar factible que una actuación llevada a cabo por el administrador social durante el periodo que media entre la consideración del estado de probabilidad de insolvencia y la insolvencia actual, podría ser susceptible de encuadrar en esta cláusula general de culpabilidad del concurso, a día de hoy no encontramos -al menos todavía- precedentes jurisprudenciales que respalden tal posibilidad[464].

productiva, continuidad de la actividad empresarial como regla). Hace tiempo ya que se subordinaron los intereses de los socios que estén out of the money incluso en la proximidad a la insolvencia (cfr. la obstaculización de acuerdos de refinanciación orientados a dar viabilidad a una empresa). Sobre la base de lo anteriormente expuesto se puede llegar a dos conclusiones: que en nuestro ordenamiento jurídico ya es obligatorio adoptar medidas para evitar la insolvencia (incluso la inminente) que procuren la consecución de la actividad empresarial viable y que podría calificarse de culpable el concurso si los administradores del deudor perjudicasen en la proximidad a la insolvencia cualquiera de los intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal que el legislador anuda al concepto de 'interés del concurso'. En estas condiciones, en nuestra opinión, la vigente regulación concursal resultaría suficiente para cumplir el mandato de la directiva sin necesidad de transposición", pp. 4-5.

[464] Adviértase, no obstante, que en el caso del incumplimiento del deber de solicitar la liquidación por encontrase incursa la sociedad en causa de disolución, sí encontramos precedentes jurisprudenciales que rechazan que pueda extenderse a la sección de calificación el reproche y la sanción que en el plano societario efectúa el legislador en el art. 367 TRLSC respecto de los deberes impuesto en el art. 365 del referido texto legal. Ejemplo de ello lo encontramos en lo dispuesto en la Sentencia núm. 356/2015, de 25 junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2015\216683) (ECLI:ES:APMU:2015:1644), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se afirma lo siguiente: *"Sentado lo anterior, las pérdidas agravadas, que es a lo que se refiere la sentencia, lo que generan es el deber de instar la disolución de la sociedad; y si no se atiende ese deber, y por ende, el comportamiento de los administradores no se ajusta al estándar exigible (en este caso, el impuesto por la norma), la respuesta del ordenamiento jurídico está prevista en la legislación societaria, que les impone una responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (art 367LSC), no una responsabilidad concursal, ya que no hay deber de solicitar el concurso por el hecho de que la sociedad esté incursa en causa de disolución. Solo existe ese deber de solicitar el concurso cuando la situación patrimonial de la sociedad a su vez constituye causa de disolución e insolvencia, es decir, cuando se solape la causa del art 363.1 e) LSC y la insolvencia del art 2.2LC. En ese caso, prima la solución concursal (STS de 15 de octubre de 2013), como se desprende del art 363LSC (" la sociedad deberá disolverse: por pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la mediada suficiente , y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso") y los administradores de la sociedad deben solicitar el concurso, y si no lo hacen tempestivamente (en los dos meses siguientes a su conocimiento, art 5LC), se presume el concurso culpable (art 165.1LC). De lo dicho se desprende que para apreciar el concurso como culpable no basta con no haber disuelto la sociedad a pesar de que está tenga fondos propios negativos, sino que es preciso: (a) probar que esos fondos propios negativos reflejan una situación de insolvencia, es decir, que el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y (b) que conocida, o debido conocer, esa insolvencia, no se solicite el concurso en el plazo de dos meses siguientes".* En la misma línea

No obstante, dado que, por un lado, es todavía reciente la inclusión de este estadio de mera probabilidad de insolvencia y, por otro, la casuística de este tipo de actuaciones puede ser infinita[465], no cabe descartar tal posibilidad, lo que nos llevaría a adaptar el interrogante que ha guiado la confección del presente trabajo a esta peculiar situación: ¿sería la responsabilidad concursal una verdadera herramienta de protección *[directa]* para el acreedor de la sociedad concursada respecto de las actuaciones que su administrador llevó a cabo en el periodo de probabilidad de insolvencia?

Para poder dar respuesta a este interrogante, el siguiente análisis que debemos realizar es el de las consecuencias prácticas que, en su caso, conllevaría la efectiva consideración

destacamos la Sentencia núm. 17/2016, de 12 febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (AC 2016\709) (ECLI:ES:JMO:2016:382), cuyo Fundamento de Derecho Tercero principia con el siguiente tenor literal *"De la Cláusula general del art. 164.1. "Bajo esta cobertura normativa cobija la administración concursal el incumplimiento de deberes societarios de orden disolutorio. Si bien es cierto que el art. 164.1º permite dar amparo, por su abstracción, a numerosas conductas antijurídicas, por contrarias a la ley, a los estatutos o a la buena praxis mercantil in genere, a juicio de este juzgador no puede sancionarse por la vía del art. 164.1º una conducta omisiva que ya halla sanción adecuada en la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) , salvo que la situación de pérdidas cualificadas encierre una genuina insolvencia o constituya un estadio precedente, supuesto en el cual la norma a aplicar no sería el art. 164.1, sino el actual art. 165.1.1.º (incumplimiento del deber de solicitar el concurso en plazo)".*

[465] Sí que ha sido ya objeto de estudio por parte de nuestro Tribunal Supremo alguna de las actuaciones que pueden ser llevadas a cabo por los administradores societarios con cierta proximidad a la posterior solicitud de declaración de concurso, en particular por lo que atañe a la validez de los pagos realizados otorgándoles validez, con carácter general, bajo el criterio de que cuando se paga algo debido y exigible, no puede haber perjuicio para la masa salvo que ya se estuviera en claro estado de insolvencia. En tal sentido destaca MARTÍNEZ SANS, F., «Balance y perspectivas de reforma sobre los deberes de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia», Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 10546, 2024, pp. 1 a 9 de la edición digital, p. 5, que *"la primera de las dudas que le pueden surgir al administrador de una sociedad que se encuentre en los aledaños de la insolvencia es la de qué pagos (claro está, de obligaciones debidas) puede legítimamente hacer y cuáles no. Dicho de otra manera, ¿debe ese administrador velar por la pars conditio creditorum, como si esa sociedad estuviera ya declarada en concurso?; ¿Cabe la rescisión concursal de los pagos hechos en esa cercanía a la insolvencia? A la luz de la jurisprudencia recaída en esta materia, podemos afirmar que los pagos de obligaciones debidas hechos antes de la declaración del concurso son, en principio, perfectamente válidos e inatacables en un hipotético concurso posterior de la sociedad. Como tiene dicho el alto Tribunal, «cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido» (STS 26 de octubre de 2012, RJ 2012\10415). A partir de esta premisa, es cierto que el Tribunal Supremo ha considerado rescindibles ciertos pagos de deudas vencidas y exigibles, pero no cabe ignorar que se trataba de casos muy particulares, cuando no abiertamente «patológicos»".*

por parte del tribunal de que, una actuación llevada a cabo por un administrador social en una situación de probabilidad de insolvencia ha generado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad, habiendo mediado además dolo o culpa grave en ella.

La respuesta pasa por tanto por las posibles condenas que le podrían ser impuestas al administrador social en la sección de calificación, esto es, por la posible condena, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit prevista en el art. 456 TRLC[466], pero ello conllevará *ex* artículo 461.2 TRLC[467] que las cantidades obtenidas en ejecución de la sentencia de calificación se integren en la masa activa del concurso y, por ende, ello conllevará su ulterior reparto entre los acreedores en atención a las reglas de pago contenidas en la propia normativa concursal, por lo que esta vía no podría ser considerara como una herramienta directa de protección para el acreedor que se vio perjudicado por la actuación del administrador social en el periodo de mera probabilidad de insolvencia.

[466] Con la actual redacción dada al art. 465 TRLC, como ya ha sido *ut supra* analizado, esta condena debe entenderse referida a la diferencia del valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal respecto de la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores. Respecto de la doctrina jurisprudencial relativa al inventario, véase HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AA.VV. Jurisprudencia y concurso (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal) (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.)*, Tirant lo Blanch, 2017, ISBN 978-84-9143-357-6, pp. 271-319.

[467] Determina el citado artículo en su apartado segundo que *"todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso"*, debiendo además tenerse en cuenta que, conforme a lo preceptuado en su apartado primero, la legitimación para instar la ejecución de la sentencia de calificación corresponde a la administración concursal, si bien aquellos acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal la solicitud de la ejecución, también estarán legitimados si aquella no la solicitase dentro del mes siguiente al que le fue efectuado tal requerimiento.

4.2 REFLEXIONES RELATIVAS A LA OPORTUNIDAD DE ESTABLER UN ESPECÍFICO RÉGIMEN DE RESPOSABILIDAD CONCURSAL RESPECTO DE LAS ACTUACIONES DEL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA

4.2.1 *Early Warning System* como vía para determinar posibles "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia"

El primero de los problemas a los que, entendemos, se enfrenta una posible regulación más exhaustiva de la responsabilidad del administrador social en casos de solo probabilidad de insolvencia radica en la objetiva determinación en la propia existencia misma de este estadio previo a la insolvencia actual o inminente[468].

No debemos perder de vista que, si lo que se pretende es introducir una sanción frente al administrador social por algunas de las decisiones que pueda adoptar en situación de probabilidad de insolvencia, el rigor y la objetividad con la que habrá de determinarse la existencia de tal situación debe ser máximo so pena de vulnerar, en última instancia, el consagrado Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, con la normativa actual no es posible obtener un diagnóstico objetivo de esta situación de probabilidad de insolvencia, ello quizás porque, con la opción finalmente elegida por el legislador español al momento de transponer la Directiva 2019/1023 no se

[468] Destaca MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) [DOUE l 172, de 26-VI-2019]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 7, Nº. 2, 2019, pp. 292-299, p. 292 que *"El legislador comunitario es consciente de la necesaria introducción de herramientas de alerta temprana que permitan advertir las dificultades financieras del deudor. A través de estos mecanismos se trata de evitar una insolvencia inminente o, para los casos de empresas cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, procurar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación [véase considerando 22 Directiva (UE) 2019/1023]"*.

consideró oportuno incluir un específico régimen de responsabilidad del administrador en estos casos.

Así, si acudimos a lo dispuesto en el TRLC, vemos cómo a la hora de regular en relación con esta situación de mera probabilidad de insolvencia, ésta esencialmente se regula en torno a los planes de reestructuración, cuyo presupuesto objetivo no se circunscribe en exclusiva a este estadio de insolvencia, sino que los abarca todos ellos en su conjunto.

En concreto, el artículo 584.1 TRLC[469] señala como presupuestos objetivos para solicitar la homologación del plan (al igual que para presentar la comunicación de apertura de negociaciones) el estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, lo que unido a que en la práctica las empresas que se acogen a este tipo herramientas de reestructuración se encuentran ciertamente próximas a la insolvencia actual, o al menos inminente, tiene como efecto reflejo la innecesaridad de que nuestros juzgados y tribunales deslinden con precisión en qué supuestos debe considerarse que existe una situación de probabilidad de insolvencia -en algunas ocasiones porque directamente en la solicitud de afirma estar ya en situación de insolvencia inminente o

[469] *"La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual".*

actual[470], en otras, por cuanto se acepta sin grandes consideraciones la afirmación de la existencia de probabilidad de insolvencia[471].

De esta forma, recordemos, la definición que nos ofrece el art. 584.2 TRLC respecto de la probabilidad de insolvencia es del siguiente tenor literal:

"Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años".

Recordemos que a la hora de trasponer la Directiva Comunitaria 2019/1023, el legislador español optó por regular *ex novo* el instituto preconcursal del Plan de Reestructuración en el Libro II, cuyos artículos desprenden una fuerte influencia del derecho anglosajón al encontrarnos ante un sistema en el que se incentiva al deudor a reestructurar su deuda en un estadio temprano, con un amplio margen de negociación respecto a las medidas que

[470] Recientes ejemplos de ello encontramos, entre otros, en el Auto núm. 327/2023, de 28 septiembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (JUR 2023\365988): *Determina el 638 en consonancia con el art 639 TRLC que el plan de reestructuración, para ser homologado, deberá reunir los siguientes requisitos: 1.º Que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia , insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. En este caso se refiere por el deudor que se encuentra en insolvencia inminente, página 2 de su solicitud, y el PR aportado ofrece una medida razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa, como se dispone en la página 56 de la solicitud";* el Auto núm. 479, de 15 septiembre de 2023, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona (JUR 2023\351834): *"Los requisitos para la homologación se desgranan en el artículo 638 del TRLC y son: 1.º Que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia , insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. (...) (...) SA, expone en su plan que el aumento del precio de la celulosa, el gas y la electricidad, así como la negativa de las entidades bancarias a renovar los instrumentos de financiación del circulante, ha llevado a la compañía a ver reducidos los márgenes de beneficio, pasando de un EBITDA positivo en los años 2019 y 2020 a un EBITDA negativo los años 2021 y 2022, dejando reducidos los márgenes de cash flow para poder atender sus obligaciones. Así pues, de la documentación presentada resulta acreditado que el deudor se encuentra en insolvencia inminente".*

[471] *Vid*, entre otros, el Auto núm. 188/2023, de 5 julio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma (Provincia de Illes Balears) (JUR 2023\349571): *"Se ha precisado la situación de probabilidad de insolvencia de la entidad, ello sin perjuicio de la constatación de que se haya al corriente de pago no existiendo mas que impago de créditos vencidos que respecto los proveedores y créditos de parte vinculada, siendo la posibilidad de insolvencia derivada de importante endeudamiento financiero que soporta y falta de liquidez coyuntural, derivada de la época del año, pues los cobros no se materializaran hasta avanzada la temporada turística. Página 5 y ss del plan".*

pueden preverse en el plan como así se desprende incontrovertidamente del art. 614 TRLC, y todo ello además bajo el principio de la mínima intervención judicial; intervención que, no obstante, sigue existiendo si bien especialmente centrada en rechazar la homologación solo de aquellos planes de reestructuración que manifiestamente incumplen los requisitos legalmente exigidos, pasando así el principal cribado judicial por la verificación de que si el plan contiene, o no, una justificación razonable de por qué las medidas propuestas evitan la insolvencia del deudor y aseguran su viabilidad económica en el corto y medio plazo ya que, de no ser así, el plan no será homologado[472].

Vemos por tanto cómo, entre los mencionados requisitos que debe controlar el juez, se encuentra, conforme a lo dispuesto en el art. 638.1 TRLC (puesto en relación con el art. 633 del citado texto legal), el de verificar si el plan contiene una "justificación razonable" de por qué las medidas propuestas evitan la insolvencia del deudor y aseguran su viabilidad económica en el corto y medio plazo ya que, de no ser así, el plan no debe ser homologado, siendo éste quizás el extremo que más atención recibe por parte de nuestros juzgados y tribunales en contraposición a la eventual verificación de si el deudor se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.

Ante esta situación, insistimos, en caso de querer reforzar la protección del acreedor en situación de probabilidad de insolvencia de su deudor, la primera de las reflexiones que deberá abordar nuestro legislador será la de determinar qué concretos parámetros dotados

[472] Auto núm. 697/2023, de 20 noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid (JUR 2023\423473). Destacamos especialmente lo dispuesto su Razonamiento Jurídico Octavo in fine: *"En el caso de autos, el plan de restructuración cuya homologación se pretende, si bien contiene medidas que se acomodan al contenido del artículo 614 del TRLC (esperas) y se han alcanzado las mayorías legales para su homologación (2/3), sin embargo, no cumple de manera "manifiesta" lo previsto en los arts. 633.10 y 638.2 del TRLC al tratarse de una empresa que carece de actividad y tampoco se prevé que la vaya a reiniciar como consecuencia de la reestructuración. El presente plan está simplemente concebido como un mecanismo para gestionar los futuros cobros y pagos pendientes a fin de facilitar una extinción ordenada de la compañía, lo que excede del objeto y finalidad del instituto preconcursal regulado en el Libro II. Por todo lo anteriormente expuesto, deniego la homologación del presente plan de reestructuración al no cumplir los requisitos legalmente exigidos del art. 633 y 638 del TRLC de manera manifiesta"*.

de la suficiente objetividad podrán determinar si la sociedad deudora se encuentra o no en esta situación de probabilidad de insolvencia.

La tarea no es baladí, ni tampoco sencilla, pero de lo contrario consideramos que no podría iniciarse un camino cuyo final fuese un régimen sancionador que se sustentase meramente en conceptos jurídicos indeterminados.

Quizás una posible solución podría pasar por tratar de establecer un sistema basado en una suerte de catálogo de "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia" similar, aunque lógicamente adaptado, al que ya se establecen en el art. 2.4 TRLC[473] como requisito para que la solicitud de declaración de concurso pueda ser presentada por cualquier acreedor.

En este posible escenario, el debate sin duda estará *(i)* por un lado, en la determinación de estos "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia", para lo que podrían ser de utilidad las herramientas de alerta propuestas por la propia Directiva (UE) 2019/1023, destacando especialmente a estos efectos el *Early Warning System, (ii)* el horizonte temporal que tendrá que tenerse en cuenta para aplicar estas herramientas y *(iii)* la protección que, en su caso, podría derivarse de la discrecionalidad empresarial *ex* art. 226 TRLSC.

[473] *"La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia: 1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor".*

A este respecto conviene recordar que la propia Directiva (UE) 2019/1023 determina en el primer apartado de su art. 3, destinado a la alerta temprana[474], que *"los Estados miembros velarán por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente* -nótese que en la versión inglesa nuevamente la expresión que se utiliza no es la de insolvencia inminente, sino la de *likelihood of insolvency- y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora"*, lo que se ve completado en el apartado segundo del citado artículo en el que, respecto de las posibles herramientas para ello, el legislador comunitario determina que las herramientas de alerta temprana podrán incluir lo siguiente:

> *a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;*
>
> *b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;*
>
> *c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.*

Ahora bien, esta previsión está destinada a ofrecer herramientas a disposición de los deudores y los representantes de los trabajadores, motivo por el cual los apartados tres a cinco del citado artículo se centran en destacar especialmente la importancia de que estas

[474] Nuevamente nos encontramos con que el legislador comunitario en la Directiva (UE) 2019/1023 no recoge un concepto nítido y claramente definido de las herramientas de alerta temprana, sino que antes al contrario solo recoge a título ejemplificativo una sucinta enumeración de aquellos que podrían considerarse por los Estados Miembros; ausencia de determinación que se extiende como ya habrá podido advertir el lector a otros extremos igualmente relevantes tales como la relación exacta que pueda tener la información que se obtenga tras la aplicación de estas alertas tempranas respecto de las obligaciones y responsabilidades de los administradores ante sus actuaciones en situación de probabilidad de insolvencia. *Vid.*, LADO CASTRO-RIAL, C., «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, Nº 8-9, 2019, pp. 51-69.

herramientas sean sencillas en su utilización y cuenten con la publicidad oportuna para que estos dos grupos puedan poder utilizarlas cuando lo estimen oportuno.

En el caso español, la respuesta a esta previsión en la Directiva (UE) 2019/1023 la encontramos en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, en la que se determinaba que, *"en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley se determinarán las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pondrá a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas".*

Y, en cumplimiento de esta previsión, con el objetivo de que accedieran administradores o liquidadores de cualquier sociedad mercantil (las obligadas, eso sí, a depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil[475]) a una sencilla herramienta que le permitiese obtener una alerta temprana, finalmente el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España elaboró una herramienta cuya finalidad es la de generar un indicador de probabilidad temprana de insolvencia.

Tal y como se desprende del Informe Probabilidad de Insolvencia emitido por los Registradores de España[476], para la elaboración de esta herramienta de alerta temprana se ha partido de la eficacia que reside en las fuentes de datos accesibles desde el Centro de

[475] El art. 365 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, destinado a regular las obligaciones de presentación de las cuentas anuales, preceptúa lo siguiente: *"1. Los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación. 2. Igual obligación incumbe a los liquidadores respecto del estado anual de cuentas de la liquidación. 3. Los demás empresarios inscritos podrán solicitar, con arreglo a las disposiciones del presente Reglamento, el depósito de sus cuentas debidamente formuladas".*

[476] Disponible, a fecha 7 de mayo de 2024, en «https://estaticas.registradores.org/registry-site/docs/metodologia-informe-probabilidad-de-insolvencia.pdf».

Procesos Estadísticos del Colegio de Registradores de España[477] y, a partir de ésta, tras aplicar los necesarios controles de calidad de la información contable que se han estimado oportunos, se han diseñado diversos indicadores o variables a tener en cuenta para, finalmente, generar un indicador basado en un modelo de regresión logística binaria (*Logit*)[478].

Esta herramienta, por tanto, permite generar una puntuación cuyo rango va de 0 a 100, indicando el grado de similitud que la sociedad mercantil analizada presenta con respecto a otras que se encuentren en estado de insolvencia, lo que permite asimilar esta puntuación o *score*, a grados de mayor o menor similitud. De esta forma, se podrá utilizar esta herramienta para poder saber, en función del *score* obtenido, en qué posible tramo se encontraría el deudor:

– Riesgo bajo, con un grado de similitud por debajo del 25 %.

[477] Lo que se traduce en haber podido trabajar con una muestra compuesta, aproximadamente, por 650.000 sociedades mercantiles.

[478] Esta ha sido la opción elegida, por el momento, para el caso español, si bien las posibles alternativas son muchas y variadas, tal y como se evidencia de la mera comparativa con los sistemas de alerta temprana establecidos por los países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, anticipándose a la obligada transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, a principios del año 2019 Italia introdujo en su nuevo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* -con este nuevo código el legislador italiano llevó a cabo una reforma integral del Derecho de insolvencia derogando su antigua ley concursal *Legge Fallimentare* de 1942-, en su Título II, un sistema de alerta temprana basado en indicadores internos de la empresa (indicadores que son objeto de revisión por el Consejo Nacional de Auditores y Expertos Contables periódicamente, en concreto cada tres años) -nótese que, a diferencia del caso español, en Italia es muy superior el número de empresas que deben ser auditadas al tener unos límites inferiores al efecto- (puede encontrarse un estudio de este sistema italiano en DE LOS BUEIS CASTAÑARES, R. «Las herramientas de alerta temprana y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, ISSN-e 2340-4647, Núm. 17, 2020, pp. 191-203, pp. 194-196. Debe asimismo ser especialmente destacado el temprano modelo danés conocido como *Eartly Warning Denmark,* implantado en Dinamarca desde 2007, el cual utiliza las técnicas de *Machine Learning* para poder detectar estos riesgos sin la intervención activa de los administradores sociales al recibir datos que aparecen en las cuentas anuales, sistema que fue incluido por la Comisión Europea en su programa COSME en el año 2016 (cuyo programa piloto se extendió, entre otros, a España, donde no obstante no llegó a implementarse a nivel nacional), si bien su extrapolación a otros sistemas requeriría de una lógica adaptación y aprendizaje -no obstante, quizás pueda ser éste el camino con los avances tecnológicos de la mano de la inteligencia artificial a los que nos enfrentamos y, sin duda, nos enfrentaremos en el corto-medio plazo, donde pueden ser gran utilidad y cada vez más fiabilidad los sistemas de predicción automatizada-.

- Riesgo medio-bajo, con un grado de similitud superior al 25 % e inferior al 50 %.
- Riesgo medio-alto, con un grado de similitud superior al 50% e inferior al 75 %.
- Riesgo alto, con un grado de similitud superior al 75%.

Así, utilizando la información contable contenida en el depósito de cuentas inscrito en el Registro Mercantil de las sociedades mercantiles, podemos contar con un indicador de probabilidad de insolvencia con la obtención del porcentaje de similitud con una sociedad mercantil fehacientemente insolvente.

Ahora bien, como anticipábamos, esta herramienta principalmente está prevista para un uso "privado", si se nos permite la expresión, al estar destinada esencialmente para su uso por parte de los administradores y no de terceros, por lo que para que ésta pudiese servir en última instancia como uno de los posibles "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia" que pudiese ser alegado por un acreedor social, debería poder abrirse su uso a éstos[479], lo que podría plantearse bien vía solicitud directa por el acreedor al Colegio de Registradores de la emisión de Informe a tal efecto, bien vía solicitud al menos por parte del órgano judicial.

Nótese a este respecto que, aun cuando esta última opción se plantee como más garantista y protectora de la confidencialidad de los datos del deudor, presenta el problema de que, previamente, el acreedor deberá haber iniciado un procedimiento judicial que, aun cuando pueda quedar circunscrito previamente a un específico procedimiento como podría ser, el

[479] En apoyo de esta propuesta de reforma legislativa se pronuncia, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *cit*., pp. 4-5, *"Es cierto que en esa herramienta de alerta registral (Early Warning System) está previsto su exclusiva utilización por parte de los administradores (no de los terceros). No obstante, considero que debe interpretarse muy flexiblemente ese requisito de acceso exclusivo de los administradores. En particular: los acreedores tienen derecho legítimo a acceder a la información relativa a la posición de riesgo de su deudor que se infiere de las cuentas anuales y proporciona el registrador mercantil por aplicación de lo dispuesto en la disp. adicional séptima TRLC. Es verdad que todavía existe secreto contable pero ese secreto debe alzarse en situaciones de quiebra y similares: art. 32.2 C.Com. De no admitirse el acceso directo del acreedor interesado al registro mercantil, cauces procesales deben habilitarse para ello: el acreedor podrá acceder a esa información de la posición del riesgo a través del expediente mercantil de jurisdicción voluntaria de los artículos 112 a 116 LJV; por diligencias preliminares de los artículos 256 y ss. LEC… o incluso por un incidente abierto dentro del proceso concursal o pre-concursal"*.

de las diligencias preliminares regulado en los arts. 256 y ss. LEC[480] (lo que permitiría no tener que limitarse su solicitud como prueba a practicar en el seno del propio procedimiento en el que se solicitase el enjuiciamiento de su conducta), ello en todo caso conllevaría un coste tanto económico como temporal que deberá ser igualmente valorado a la hora de optar por una u otra vía.

En todo caso, y aun cuando esta herramienta pudiese estar a disposición *[directa o indirectamente]* del acreedor social, no proponemos aquí una aplicación directa y automática de esta herramienta como elemento determinante de la probabilidad de insolvencia que pueda ser utilizada en el seno de un procedimiento judicial en el que se enjuicie una eventual responsabilidad del órgano de administración, pero sí que puede ser al menos un punto de partida para reflexionar[481] a la hora de fijar legalmente un posible catálogo de presunciones *iuris tantum* que puedan servir para acreditar la existencia de lo que hemos denominado como posibles "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia".

En definitiva, lo que habrá que determinar es qué modelo de diagnóstico se considera más adecuado para, aplicándolo a cada supuesto, se pueda determinar con cierta objetividad si se encuentra o no una empresa en situación de probabilidad de insolvencia[482]; análisis

[480] En caso de que tal previsión puede contenerse en una ley específica como pudiese ser el TRLSC, esta vía podría tener cabida al amparo de lo dispuesto en el art. 256.1.9º. LEC, el cual preceptúa que *"1. Todo juicio podrá prepararse (...) 9º. Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales"*.

[481] De hecho, como suele ser siempre recomendable, para llevar a cabo esta reflexión se torna imprescindible -o, al menos, muy recomendable-, atender a los mecanismos de alerta temprana que han desarrollado otros países de nuestro entorno ya que, aun cuando cualquier mecanismo que se diseñe deberá ser adaptado a las necesidades de España, sin duda su estudio nos ayudará a confeccionar aquél que mejor pueda predecir una situación de probabilidad de insolvencia, para lo que, además, podría ser de gran ayuda acudir a sistemas de predicción automatizada basadas en la inteligencia artificial.

[482] Quizás pueda ser este uno de los ámbitos en los que la inteligencia artificial, con una correcta regulación, pueda ofrecer un adecuado modelo de diagnóstico a estos efectos; ello, claro está, insistimos, siempre que se pueda avanzar no ya solo en los aspectos técnicos de la inteligencia artificial sino, muy especialmente, en lo que a su correcta y completa regulación se refiere para poder garantizar siempre y en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. En tal sentido, destacan CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones

que además, por un lado, deberá limitarse a un concreto horizonte temporal que pueda considerase adecuando, el cual entendemos podría fijarse en el plazo de dos años en atención a lo dispuesto en el art. 584.2 TRLC[483] y, por otro, deberá ser en todo caso objeto de enjuiciamiento teniendo presente la protección de la discrecionalidad empresarial *ex* art. 226 TRLSC.

4.2.2 Propuesta de reforma del TRLSC

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarnos qué posibles vías pueden establecerse para el enjuiciamiento de las conductas llevadas a cabo por los administradores sociales en el estadio de la probabilidad de insolvencia.

Retomando lo ya indicado *ut supra*, la eventual exigencia de responsabilidad frente al administrador por tales hechos podría tener lugar, bien en sede concursal incluyendo una reforma específica, por ejemplo, en la sección de calificación -lo que, no obstante, en última instancia supondría una vía tan solo indirecta de protección del acreedor-, bien en sede societaria, debiendo plantearnos cuál podría ser el mejor camino a seguir para ello de entre el abanico de posibilidades que se presenta.

Así, si nos centramos en la vía societaria, cabría la posibilidad de *(i)* bien *i*ntroducir una acción específica, de creación nueva, *(ii)* bien reformar alguna de los artículos que ya tenemos respecto del catálogo de acciones que estarían a disposición de los acreedores.

---

en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral», en *AA.VV. Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias (Coord. por PERIS RIERA, J.M. y MASSARO, A.)*, Roma Tre-Press, 2023, ISBN 979-12-5977-149-0, pp. 215-245, p. 215, que "*la problemática de la inteligencia artificial -en lo sucesivo, IA- aplicada al proceso, tanto penal como civil, es uno de los muchos retos a los que tiene que hacer frente la justicia del siglo XXI. En los últimos tiempos, las aportaciones en este campo son ubérrimas y, en su mayor parte, se mueven entre lo tópico y lo anecdótico. Así, la doctrina ha identificado una serie de problemas comunes que podría ofrecer el despliegue de la tecnología citada en los tribunales, sin embargo, las experiencias de uso reales son todavía muy limitadas".* Respecto del impacto que puede tener la inteligencia civil en el proceso civil se recomienda asimismo CASTILLO FELIPE, R., «Proceso civil e inteligencia artificial», en *AA.VV. Proceso civil y nuevas tecnologías (Dir. por SIGÜENZA LÓPEZ, J.)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, ISBN 978-84-1346-237-0, pp. 259-296.

[483] El cual preceptúa, recordemos, que *"se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años"*.

A nuestro juicio, y pese a que hay autores que defienden que podría defenderse el efecto directo de lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 al ser su contenido, preciso e incondicional, al no haber quedado configurado como una mera declaración de intenciones o principio programático sino que, antes al contrario, sí que presenta un contenido obligatorio preciso susceptible de argumentar su posible efecto directo a fin de que el art. 225 TRLSC deba ser interpretado conforme a lo dispuesto en ella[484], la realidad es que teniendo en cuenta tanto la errónea traducción de la versión española y las consecuencias sancionatorias que se derivarían de ello, consideramos aconsejable a estos efectos una reforma del citado artículo que recoja expresamente las obligaciones de los administradores sociales en los supuestos de probabilidad de insolvencia.

Por nuestra parte compartimos la opinión de voces autorizadas como la de MUÑOZ PAREDES, A. 2023[485], quien propone modificación del art. 225 TRLSC para recoger lo dispuesto, en su correcta traducción, en el art. 19 Directiva, exigiendo así al administrador social que, en aquellos supuestos de probabilidad de insolvencia, éstos no solo deberán atender al interés de la empresa sino que también en dicho estadio *(a)* deberán tener en cuenta los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados, *(b)* tomar medidas para evitar la insolvencia y *(c)* evitar conductas dolosas o gravemente negligentes que pongan en peligro la viabilidad de la empresa; lo que podría dar cabida a

[484] *Vid.,* entre otros, CORNO, G., «Chapter 5- Duties of directors», en *AA.VV*., *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023 (PAULUS, C.G./DAMMANN, R.),* Hart Publishing; Múnich, 2021, pp. 238-248.

[485] MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *cit.*, p. 9, es claro al afirmar que *"Creo haber demostrado que las acciones actuales no dan protección a los acreedores en la probabilidad de insolvencia. Para hacerlo, no era necesario modificar el catálogo de acciones, ampliándolo. Ya bastantes acciones tenemos. Bastaba con haber retocado la norma que fija el estándar de diligencia, el art. 225 TRLSC/2010. En lugar de incluir en ella la referencia al «interés de la empresa» (Ley 5/2021, de 12 de abril), que es un elemento extraño por pertenecer al deber de lealtad, y no de diligencia, bien podría haberse aprovechado para, emulando a Menard, hacer que coincidieran —palabra por palabra y línea por línea— el art. 225 con el art. 19 de la Directiva. A veces, y la historia nos da constantes pruebas de ello, más vale copiar que innovar. Sobre todo cuando falta talento para mejorar el original"*.

una responsabilidad del órgano de administración *ex* art. 241 TRLSC vía acción individual de responsabilidad del administrador.

Con esta posible reforma, sin duda, se daría un gran paso en la protección de los acreedores de las empresas que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia, pero incluso se podría ir más allá e incluso tipificar específicamente determinadas actuaciones u omisiones por parte del órgano de administración social que pudiesen dar lugar a su responsabilidad en estos casos[486].

Tal y como destaca FERNÁNDEZ DEL POZO, L., 2023[487], hay determinadas conductas antijurídicas relevantes (por acción u omisión) llevadas a cabo por el órgano social de administración en esta fase pre-concursal en el que la sociedad se encuentra en mero estado de probabilidad de insolvencia, que podrían dar lugar a su responsabilidad tales como, *(i)* la ausencia de implementación en la sociedad de los medios necesarios para el diagnóstico temprano de la situación de probabilidad de insolvencia[488] y cuando, estando

[486] Por lo que respecta a las obligaciones de los administradores en el periodo cercano a la insolvencia puede significarse aquí la utilidad que presenta la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia, en particular su Cuarta Parte destina a las Obligaciones de los directos en el periodo cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresas), Viena, 2020, en el que se enumeran de forma meramente ejemplificativa algunas de las posibles medidas a adoptar para evitar la insolvencia o, al menos, reducir su alcance -*v.gr*. evaluar la situación financiera la empresa y asegurar que las cuentas se lleven debidamente y estén actualizadas, informarse de manera independiente acerca de la situación financiera en que se encuentra la empresa y su situación general, celebrar reuniones periódicas de la junta directiva para vigilar la situación; obtener asesoramiento profesionall, …, etc.-, pp. 17-18.

[487] FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *cit.,* pp. 5-7. Se recomienda, asimismo, en línea con ello, su posterior trabajo FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes de prevención preconcursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Nº 71, 2024, pp. 1 y ss. de la edición digital, en el que el autor reitera su crítica las consecuencias que tiene para nuestro Ordenamiento Jurídico español la opción legislativa adoptada de no transponer correctamente -o, al menos, de forma expresa- el artículo 19 de la Directiva de reestructuración preventiva en lo que hace a los específicos deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia, concluyendo el autor con la denuncia de la mala calidad del cuadro de acciones de responsabilidad civil para el tratamiento de las irregularidades en esta fase inmediatamente próxima a la insolvencia; crítica a la que nos sumamos y reiteramos en el presente trabajo.

[488] Nótese que, además, en este caso, quedaría excluido si se nos permite la expresión, de plano, cualquier suerte de intento de protección del órgano de administración *ex* art. 226 TRLCS, ya que si éstos no se

ya en fase de probabilidad de insolvencia, *(ii)* no se adopten los planes y decisiones necesarias para evitar entrar en fase de insolvencia inminente o incluso actual y *(iii)* se lleven a cabo actuaciones que puedan ser calificados como manifiestas desviaciones de la actuación conservativa del valor de la empresa y/o contrarias a su viabilidad y continuidad empresarial.

En cualquier caso, sea por la vía de la tipificación de estas conductas, sea por la vía de la aplicación jurisprudencial del nuevo deber de diligencia de los administradores a recoger tras una reforma del art. 225 TRLSC en la línea que acaba de ser expuesta *ut supra* (esto es, incluyendo expresamente en él lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 en su versión inglesa, esto es, entendiendo que todos los extremos en él recogidos deben resultar de aplicación en los supuestos de *likelihood of insolvency* o probabilidad de insolvencia), se ofrecería al acreedor social una *[nueva]* herramienta directa de protección para poder accionar frente a los administradores de sociedades que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia.

hubiesen implementado las decisiones tomadas no podrían estar amparadas por un diligente proceso previo de toma de información.

– TERCERA PARTE –

NECESARIA O, AL MENOS, DESEABLE, COMPLETA COORDINACIÓN DE AMBOS REGÍMENES

CAPÍTULO QUINTO

EL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL ADMINISTRADA EN LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

Sumario

5.1 COEXISTENCIA DE LOS REGÍMENES SOCIETARIO Y CONCURSAL DE RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL. 5.1.1 Redacción original de la Ley 22/2023, de 9 de julio, Concursal. 5.1.2 Las reiteradas omisiones legislativas respecto de los efectos del concurso en la acción individual de responsabilidad de administradores. a) Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. b) El *[parcial]* régimen de coordinación de las acciones societarias de responsabilidad de administradores y la responsabilidad concursal introducido por la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. c) Situación actual tras numerosas reformas del Derecho de insolvencias español. El vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. 5.2 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 5.2.1 El impacto en el ejercicio de la acción social de responsabilidad. a) La Administración concursal como única legitimada para el ejercicio de la acción social ex art. 132.1 TRLC. b) La jurisdicción del juez del concurso, exclusiva y excluyente para el conocimiento del acción social de responsabilidad contra los administradores *ex* art. 52.3.2º TRLC. c) c) La acumulación de oficio al concurso *ex* art. 138.1 TRLC. 5.2.2 Primeras reflexiones respecto de la controvertida compatibilidad de la acción individual con la responsabilidad concursal. 5.2.3 Impacto de la declaración de concurso en la acción de responsabilidad por deudas. a) La inadmisión a trámite de nuevas demandas *ex* art. 136.1.2º TRLC (anterior art. 50.1 LC). b) La suspensión de los procedimientos en tramitación ex art. 139.1 TRLC (anterior art. 51 bis LC). c) Reflexiones en torno a los efectos reflejos en la acción de responsabilidad por deudas. 5.3 EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN EX ARTS. 155.3 Y 4 TRLC.

5.1 COEXISTENCIA DE LOS REGÍMENES SOCIETARIO Y CONCURSAL DE RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Con la aparición en nuestro sistema legal de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004) y la omisión en ella contenida de reglas claras de compatibilidad de la responsabilidad concursal y la societaria, como ya ha sido apuntado se sumó a las controversias que ya existían respecto de la acción de responsabilidad individual frente a administradores[489] la relativa a si era posible o no su ejercicio cuando la sociedad administrada había sido declara en situación de concursal[490], polémica que se avivaba a la hora de determinar si ésta era o no compatible, específicamente, con la tramitación en sede concursal de la pieza de calificación ante la nueva responsabilidad concursal que se establecía en dicha ley.

De esta forma, tras la introducción en el Ordenamiento Jurídico español de esta *[nueva]* responsabilidad concursal, se convirtió en necesario -o cuando menos aconsejable en pro de la seguridad jurídica- coordinar en nuestro sistema dos posibles vías claramente diferenciadas para poder exigir al órgano social de administración responsabilidad por sus actuaciones (u omisiones):

– En el marco societario, recordemos, nos encontrábamos con las tres acciones societarias ya analizadas *ut supra*, esto es, *(i)* la acción social de

[489] Véase, a tal efecto, el Capítulo Primero del presente trabajo.

[490] Aun cuando en el presente Capítulo nos centraremos en la polémica surgida en torno ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores en caso de declaración de concurso de la sociedad administrada, en BRANDI TAITNA, M.M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio",* ISSN 1575-4812*,* núm. 44, 2005, pp.133-154, puede encontrase una referencia completa análisis de la situación en la que quedaros las tres acciones societarias de responsabilidad de administradores tras la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

responsabilidad, *(ii)* la acción individual de responsabilidad y *(iii)* la acción de responsabilidad por deudas.

– Se introducía, en el marco concursal, una nueva vía para exigir responsabilidad a los administradores societarios en la medida en que éstos pasaban a estar expuestos al riesgo de ser condenados en la sentencia que pudiese dictarse en la sección de calificación, lo que podía traducirse esencialmente en *(i)* la eventual pérdida de cualquier derecho que pudiesen tener en su doble condición de acreedor concursal o contra la masa, *(ii)* la eventual condena a la devolución de los bienes o derechos que hubiesen podido obtener indebidamente del patrimonio de la concursada o hubiesen podido recibir de la masa activa y, *(iii)* la eventual condena a indemnizar los daños y perjuicios causados -cuyo alcance en aquel momento se tornaba asimismo controvertido[491]-. Y, asimismo, existía también el riesgo de que, en caso de que la sección de calificación se abriese -o reabriese- como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, *(iv)* eventualmente podrían ser condenados a la cobertura parcial o incluso total del déficit concursal[492].

[491] Afirma HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria"*, *cit.,* p. 276, que *"respecto de la condena de indemnizar daños y perjuicios causados, vimos cómo se trata de una concreción en el plano concursal de la regla general clásica de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, cuya viabilidad pasa por la concurrencia de la acción u omisión antijurídica, el resultado dañoso y la relación de causalidad entre ambos. Y pese a las diferentes interpretaciones existentes, nos decantamos porque la norma abarca con amplitud la cobertura de daños directos e indirectos, ya sean causados al patrimonio social o indirectamente al de socios y terceros, habida cuenta de que el precepto no distingue entre ellos ni restringe el alcance objetivo de la responsabilidad; no obstante, dada la ubicación de la norma, lo lógico es que en la práctica la norma sirva para indemnizar todos los daños que se deriven de la generación o agravación de la insolvencia"*.

[492] El artículo 172 LC en su redacción original preceptuaba lo siguiente: "*1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación. 2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1.º La determinación de las personas afectadas*

Ahora bien, esta aparición de un nuevo régimen de responsabilidad del administrador (el concursal) no trajo de la mano -si se nos permite la expresión- una regulación clara y expresa que permitiese a los distintos operadores jurídicos conocer cuáles eran las reglas del juego; situación que, si bien cambió en las posteriores reformas legislativas de la Ley Concursal en lo que respecta a la acción social de responsabilidad y a la acción de responsabilidad por deudas, donde el legislador español optó por introducir nuevas reglas expresas de coordinación[493], se mantuvo inalterada respecto de la acción individual de responsabilidad, en la que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido que interpretar los silencios legislativos provocando, especialmente durante los primeros años, la existencia de dos vertientes interpretativas contradictorias.

5.1.1 Redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Si acudimos al texto original de la Ley Concursal, vemos cómo el legislador español optó por "regular" esta coexistencia de ambos regímenes acudiendo, *(i)* por un lado, al establecimiento de una nueva legitimación activa, adicional, independiente y además limitada a la acción social de responsabilidad, que se otorgaba a la administración

por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. 3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. 3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. 4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación".

[493] El lector podrá encontrar un completo análisis de esta coordinación en POZA CABALLERO, N., «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 57, 2022, pp. 99-134.

concursal y, *(ii)* por otro, a la atribución de la competencia para conocer de esta acción social de responsabilidad al juez del concurso.

En concreto, el art. 48.2 de la Ley Concursal, en su redacción original, determinaba que, "s*in perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores",* apuntaba, *"estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios".* Esta previsión culminaba atribuyendo al juez del concurso la competencia para conocer de estas acciones.

Y, por su parte, encontrábamos también en el art. 60.2[494] y 3 de la Ley Concursal, igualmente en su redacción original, una específica previsión respecto de la prescripción de las acciones contra, entre otros, los administradores sociales de la sociedad concursada, determinando que desde la propia declaración del concurso quedaba interrumpida la prescripción "*de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora",* aclarando que, en estos supuestos, *"el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso".*

Vemos por tanto cómo los distintos operadores jurídicos se enfrentaron en aquel momento ante una total ausencia en la normativa concursal que determinase con claridad qué sucedía con la acción individual de responsabilidad contra los administradores, lo que planteaba dos interrogantes jurídicos de vital importancia cuya respuesta no quedaba colmada con las previsiones *ut supra* referidas.

[494] Este apartado segundo no aparecía inicialmente en el Proyecto de Ley Concursal, habiendo sino posteriormente introducido en el trámite parlamentario como consecuencia de la enmienda núm. 287 presentada en el Congreso de los Diputado como una mejora técnica.

El primero de ellos, radicaba en el interrogante que quedaba sin contestar en el texto legal respecto de aquellos supuestos en los que ya se había iniciado una acción individual de responsabilidad de administradores, no existiendo previsión alguna que determinase bien su continuación, bien su suspensión, bien su archivo.

El segundo de estos interrogantes sin respuesta legal pasada por determinar si se podía interponer, o no, una vez declarado el concurso, una acción de responsabilidad contra el administrador societario.

Ante la ausencia de una regulación expresa a este respecto, de manera inevitable surgió una fractura en la doctrina respecto de qué debía suceder, encontrándonos ante *(i)* un sector doctrinal que defendía la perfecta compatibilidad entre esta acción y la tramitación del concurso al no existir prohibición alguna al respecto y que, de hecho, ello era así en la medida en que ambos tipos de responsabilidades regulaban diferentes supuestos de hecho que podían coexistir sin interferencia entre ellas[495], máxime cuando la acción

[495] Entre otros autores, VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores, cit.,* p. 335, afirmaba que *"la diferenciación entre la responsabilidad concursal y la acción individual en cuanto a sus presupuestos y, sobre todo, en cuanto a su finalidad, puede llevarnos a afirmar que, en principio, no existen problemas de concurrencia coordinación entre una y otra".* Por su parte, el Magistrado RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Compatibilidad de las acciones de responsabilidad frente al administrador social de sociedad concursada con la responsabilidad concursal», *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, ISSN 1139-0581, Nº 7, 2006, pp. 21321-21327, pp. 21326-21327, concluye lo siguiente: *"En primer lugar de todo cuanto se ha expuesto hasta aquí se concluye una enorme dificultad para apreciar que existe algún impedimento, con base legal sólida, para no admitir la reclamación extraconcursal frente al administrador social de una sociedad concursada. En segundo lugar tampoco se constata fundamento legal suficiente para entender que la responsabilidad concursal que pueda declararse ex art. 172.3 LC (RCL 2003, 1748) haya de tener prioridad a las contempladas en LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y LSRL (RCL 1995, 953), pudiendo ejercitarse simultáneamente. En tercer lugar, será necesario que la administración concursal y el Juez del concurso sean cuidadosos, cuando observen indicios de una eventual responsabilidad concursal del administrador, para evitar que como consecuencia de acciones extraconcursales ejercitadas por acreedores, resulte afectado el patrimonio del administrador social, que en caso insuficiencia de la masa activa podría verse afectado por la sentencia de calificación culpable. En estos casos puede ser útil la figura del embargo preventivo del art. 48.3 LC, que facilite el aseguramiento del patrimonio del administrador social de la sociedad concursada con prioridad a los que pretenda el acreedor fuera del concurso. Por último, que la simple situación de concurso puede acreditar, de estar reconocido el crédito en la relación que elabore la administración concursal, la existencia de la deuda social, pero tal circunstancia no impide tener que probar el resto de requisitos legales para que prosperen las acciones que puedan ejercitarse fuera del mismo por los acreedores que las emprendan".*

individual se ejercita frente al administrador y, por ende, frente a un patrimonio distinto al de la sociedad concursada[496] y, *(ii)* otro, que defendía que no debía ser posible esta coexistencia, al menos en lo que respecta al eventual ejercicio de la acción individual por parte de un acreedor de la sociedad concursada, alegando para ello, en caso contrario, entre otros dispares argumentos, que se daría legitimidad a la posible actuación procesal de aquellos acreedores que quisiesen escapar al concurso para no verse sometidos a la regla de la *par conditio creditorum* ya que, a su juicio, en caso de que éstos tuviesen éxito con el ejercicio de la acción individual podrían obtener una *[indebida]* satisfacción extraconcursal, esto es, "extramuros" del concurso[497], aunando a este argumento una suerte de riesgo de un eventual vaciamiento o, al menos, grave disminución, del patrimonio del administrador que pudiese ser en última instancia perjudicial para el resto

[496] *Vid.*, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de la responsabilidad», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. ROJO, L.A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, ISBN: 978-84-9876-027-9, pp. 153-226, p. 224-225; y MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en *AA.VV. Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia (Vol.2)*, Marcial Pons, 2005, Madrid, ISBN: 84-9768-177-0, pp. 2173-2204, pp. 2179-2180.

[497] *Vid.*, entre otros, GUERRERO LEBRÓN, M.J. y GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de capital en situación de insolvencia», en *AA.VV. Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia (Vol.2)*, Marcial Pons, 2005, Madrid, ISBN: 84-9768-177-0, pp. 1965 a 1988, p. 1982; y MORALES BARCELÓ, J., «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español», Revista de Derecho, ISSN 1993-4505, ISSN-e 2409-1685, Núm. 21, 2016, pp. 3-19, p. 16, afirma la autora lo siguiente *"En nuestra opinión, la declaración de concurso debería impedir el ejercicio de la acción individual de responsabilidad así como la ejecución de aquellas sentencias en las que se haya condenado a los administradores sociales, pesar de que la ley no lo contempla y, por ello, los Tribunales proclamen su compatibilidad. La razón para defender nuestra postura es que la condena de los administradores sociales ante el ejercicio de la acción individual de responsabilidad puede también incluir la deuda de la sociedad, puesto que puede llegar a formar parte del daño directo causado por los administradores. Si el procedimiento para exigir la acción individual de responsabilidad continúa, a pesar de que la sociedad sea declarada en concurso o bien puede iniciarse una vez la sociedad es declarada en concurso, los acreedores podrían logar burlar la par conditio creditorum, que es precisamente lo que la LC trata de evitar cuando prevé la incompatibilidad de la responsabilidad por deudas ex artículo 367 LSC y el procedimiento concursal".*

de acreedores de la sociedad concursada si, llegado el momento, éste fuese condenado en la sección de calificación.

Este debate doctrinal originado en última instancia por la ausencia de una coordinación expresa por parte del legislador español entre la acción individual de responsabilidad del administrador y la situación concursal de la sociedad acreedora, como no podría ser de otra forma, tuvo su inevitable reflejo en las controversias que pasaron a dilucidarse ante nuestros juzgados y tribunales tras la entrada en vigor de la Ley Concursal[498]; juzgados y tribunales que, inicialmente, no encontraron consenso al respecto, enfrentándose durante años los distintos operadores jurídicos a una indeseada falta de seguridad jurídica cuyo impacto, siempre, recae en última instancia en el esencial derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, en los primeros años de andadura de la Ley Concursal, por un lado, nos encontrábamos con resoluciones judiciales que se oponían a esta compatibilidad o coexistencia temporal. La primera de estas resoluciones que pueden ser citadas es el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en fecha 13 de diciembre de 2005 (siendo ponente el Ilmo. Magistrado D. Javier Antón Guijarro) [499], en el que se planteaba, en toda su extensión, la cuestión relativa a la compatibilidad y, en su caso, su eventual coordinación, entre las acciones ejercitadas por los acreedores en exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales, esto es, tanto respecto de la acción individual de responsabilidad por daño prevista en aquel momento en el art. 135 LSA, como respecto de la acción por la llamada responsabilidad por deudas *ex* arts. 262-5 LSA 105-5 LSRL, y la pendencia del procedimiento concursal declarado contra la sociedad

[498] Recordemos, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

[499] Auto de 13 diciembre 2005, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (JUR\2006\123836). Nótese, no obstante, que este Auto, en el que se acordó la suspensión del procedimiento por una cuestión de prejudicialidad civil ex art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento hasta la conclusión del concurso de la sociedad acreedora, como analizaremos a continuación *ut infra*, fue posteriormente revocado por el Auto núm. 136/2006, de 29 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias de (JUR\2007\74658).

administrada por éstos, rechazando esta compatibilidad, esencialmente, sobre la base de los argumentos que sucintamente pasamos a identificar a continuación:

(i) La Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal conllevaba una transformación fundamental frente al régimen derogado en lo que concierne al patrimonio destinado a satisfacer los derechos de los acreedores que conforman la masa pasiva, ya que, en el caso de las personas jurídicas, el patrimonio del deudor se puede ver adicionado *ad extra* con el de su administrador; ello por cuanto el procedimiento se puede dirigir también contra los patrimonios de terceras personas como son los administradores o liquidadores de hecho o de derecho y que de esta manera son ofrecidos a los acreedores a modo de garantía para asegurar que, cuando concurran determinadas circunstancias, tales patrimonios estarán llamados a satisfacer el importe de sus créditos en lo que no perciban en la liquidación de la masa activa.

(ii) La Ley Concursal instaura así una novedosa responsabilidad concursal en su art. 172-3 para, entre otros, los administradores societarios, resultando sumamente perturbador para la operatividad del sistema el facultar a los acreedores para, al mismo tiempo que insinúan su derecho en el seno del concurso, dirigirse extra-concursalmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad y en exigencia del pago de sus respectivos créditos. Ello afectaría al debido respeto de las reglas sobre las que se asienta este nuevo procedimiento como son la *par conditio creditorum* y el sometimiento a la comunidad de pérdidas.

(iii) A ello pueden añadirse otros problemas como podrían ser, a título ejemplificativo, los derivados de la fijación de la cuantía del crédito –que deberá ser determinada en el seno del concurso (arts. 86, 95 y 96 LC) y no extra-concursalmente– o de la eficacia novatoria que respecto de ese crédito

tendría la eventual aprobación de un convenio en el concurso (art. 135 y 136 LC).

Estos argumentos se ven, a continuación, reforzados, por el análisis que continúa efectuando el Ilmo. Magistrado D. Javier Antón Guijarro en el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada resolución en torno a la previsión legalmente contenida en el art. 60 LC respecto de los efectos interruptivos de la prescripción que tiene la declaración de concurso de la sociedad administrada respecto de las acciones contra sus administradores, al considerar que la interrupción obedece a la imposibilidad de dirigirse extra-concursalmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad.

Razonamientos tras los que, finalmente, concluye el Ilmo. Magistrado que con la nueva Ley Concursal quedada vedado el ejercicio extramuros de las acciones societarias de responsabilidad de los administradores en tanto se mantenga la pendencia del procedimiento concursal, vía que volverá a estar expedita una vez finalizado éste[500].

[500] A tal efecto se determina literalmente que *"la Ley 22/2003, de 9 julio (RCL 2003, 1748) , concursal, ha operado una transformación en esta materia en relación con el régimen imperante en el derecho derogado en el que, efectivamente, la sola incoación de un procedimiento concursal no afectaba al ejercicio de las acciones que asisten a los acreedores frente a los administradores concursales, quedando por ello indemne el transcurso del plazo prescriptivo tal y como señala la reciente STS 21 septiembre 2005 conforme a la cual «la solicitud de declaración de quiebra no puede suponer una actuación judicial que a tenor de lo dispuesto en el art. 1973 del CC (LEG 1889, 27) pueda servir para interrumpir el plazo de prescripción, en este caso, para el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria. Ya que dicho proceso universal, dada su naturaleza y finalidad liquidativa, no puede incidir en el ejercicio futuro de estas acciones societarias, puesto que incluso la apertura de la pieza de calificación acordada en dicho proceso civil es inoperante a estos efectos. Es más, la tramitación de la quiebra no puede determinar la finalidad de las acciones de responsabilidad societaria. En conclusión, que no puede estimarse la solicitud de una declaración de quiebra como una verdadera interpelación judicial susceptible de interrumpir un plazo de prescripción». Frente a ello el nuevo procedimiento concursal aparece legalmente configurado como un procedimiento de ejecución colectiva que, en su finalidad de encontrarse destinado a satisfacer los derechos de los acreedores concursales que pesan sobre el deudor fallido y conforme a las reglas que le son propias no se encuentra limitado exclusivamente al patrimonio separado que conforma la masa activa de este último (art. 76 L.C) desde el momento en que están también llamados a tal propósito los patrimonios de terceras personas, singularmente y en lo que aquí interesa el patrimonio de los administradores sociales, teniendo presente que esta afección es buscada por el legislador como un efecto anudado ipso iure a la sola declaración del concurso de la persona jurídica y que tal cometido aparece como preeminente frente al derecho que los acreedores individuales pudieran tener frente a aquéllos, para lo cual la Ley Concursal instaura*

En esencia, estos eran los argumentos utilizados en un primer momento por aquellos juzgados y tribunales que abogaban por rechazar esta compatibilidad del ejercicio extraconcursal por los acreedores sociales de la acción individual de responsabilidad de administradores con la situación concursal de la sociedad administrada[501]; argumentos que, no obstante, fueron paulatinamente rechazados en los siguientes años en la vía judicial.

En particular, este progresivo rechazo de los argumentos que acaban de ser expuestos se sustentaba, esencialmente, en el entendimiento de que:

(i) El régimen de responsabilidad del administrador que debe ser enjuiciado vía acción individual de responsabilidad y vía responsabilidad concursal en la sección de calificación, como ya hemos tenido oportunidad de analizar *ut supra* en el presente trabajo, son distintos obedeciendo a requisitos exigidos en un caso y en otro claramente diferenciados.

---

unos específicos mecanismos de salvaguarda mediante la interdicción de la posibilidad de dirigirse extramuros del concurso frente a los administradores en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, facultad que aparece vedada en tanto se mantenga la pendencia del procedimiento concursal y que únicamente quedará expedita cuando se acuerde su conclusión. A ello conduce la norma contenida en el art. 60 L.C. conforme a la interpretación que mejor dota de coherencia a todo el sistema y que únicamente puede encontrar su justificación lógica en la imposibilidad de accionar en los términos señalados dado lo insatisfactorio de hacerlo con fundamento en la regla general de la ruptura del silencio de la relación jurídica (art. 1973 C.Civil), integrando de esta manera las categorías tradicionales de la interrupción y de la suspensión de la prescripción extintiva al atribuir a una causa imposibilitadora de actuar el efecto de reiniciar y no de reanudar el plazo prescriptivo (art. 60-3 LC)".

[501] Ejemplo de ello encontramos, entre otros, en el Auto de 13 de febrero de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR 2006\99571), siendo ponente la Magistrada María del Mar Hernández Rodríguez, en el que tras analizar lo dispuesto en los arts. 48, 60 y 172 LC, en su redacción original, en el que se concluye que *"las acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores sociales y liquidadores de hecho o de derecho actuales o de que lo fueron dentro de los dos últimos años a la declaración de concurso resultan impedidas durante la tramitación del concurso…".*

En tal sentido, puede verse la Sentencia núm. 275/2010, de 14 de junio, dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos[502], confirmando el criterio previamente acogido por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Burgos.

Éste quizás fue uno de los principales argumentos que, a su vez, fue acogido por voces autorizadas de nuestra doctrina como justificación de la conveniencia de la coexistencia de ambos regímenes[503].

Nótese, además, que este argumento, unido al efecto de la litispendencia regulado en los arts. 410 y ss. LEC, en aquellos supuestos en los que, en todo caso, la acción individual de responsabilidad frente al administrador había sido interpuesta con carácter previo a la *[posterior]* declaración de concurso de la sociedad administrada, convertía en improcedente cualquier suerte de suspensión de la tramitación del procedimiento societario.

Como paradigmática resolución judicial dictada sobre la base de los referidos argumentos debe ser destacado precisamente el Auto núm. 136/2006, de 29

[502] Sentencia núm. 275/2010, de 14 junio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2010\267170) (ECLI:ES:APBU:2010:952), confirmatoria del criterio adoptado en primera instancia, recoge en su Fundamento de Derecho Segundo que: "*El Auto del Juzgado de Instancia, de fecha 30 de abril de 2.008 , funda la compatibilidad del ejercicio de estas acciones, por ser distintas responsabilidades, una concursal y otra extraconcursal, cuya posibilidad de ejercicio no es un descuido u olvido del legislador, pues pudo establecerse otra cosa al tiempo de aprobarse la Ley Concursal -una imposibilidad de ejercitar la acción extraconcursal o prioridad de ejercicio al artículo 172-3 de la Ley Concursal , y no se hizo- especialmente al reformar los artículos 262 LSA y 105 LSRL -Disposiciones Finales 20 y 21 - como tampoco mediante algún otro precepto ad hoc que así lo estableciera, frente a un no concursado. Tampoco se hizo con la reforma del artículo 262-5 LSA por Ley 19/2005 (RCL 2005, 2199), que tenía por finalidad coordinar la responsabilidad de los administradores entre esta Ley y la Concursal".*

[503] MOSQUERA DE VALDIVIELSO, J., «Concurrencia de la responsabilidad de los administradores en los ámbitos societario y concursal», *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº 819, 2011, p. 7, destaca tras analizar el criterio del ya referido ut supra Auto de 13 de diciembre de 2005 dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo -posteriormente revocado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias- que *"Otro sector doctrinal (Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y José A. GARCÍA CRUCES, entre otros) y algún pronunciamiento judicial más reciente (SAP Córdoba 3-4-08 [JUR 2009, 21355], SAP Burgos 14-6-10 [JUR 2010, 267170]) se han decantado por reconocer la compatibilidad entre la acción individual de responsabilidad y la responsabilidad exigible a los administradores en el ámbito concursal a la vista de su distinta naturaleza y funciones".*

diciembre, dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias[504], en virtud del cual se revoca el previamente analizado *ut supra* Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en fecha 13 de diciembre de 2005.

(ii) No se puede producir una alteración de la *par conditio creditorum* en la medida en que la indemnización a la que podría ser condenado el administrador en caso de éxito de acción individual de responsabilidad de administradores interpuesta por un acreedor saldría del patrimonio del administrador, y no del de la concursada, siendo el patrimonio de ésta el que se vería sometido a las reglas de

[504] Auto núm. 136/2006, de 29 diciembre, dictado por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR 2007\74658): *"debe diferenciarse el tratamiento que debe darse a las acciones de responsabilidad frente a los administradores que se hubieran ejercitado antes de la declaración de concurso, de las planteadas después. En el presente supuesto nos encontramos en el primero de los casos, tal y como se colige del relato histórico que se contiene en el precedente fundamento de derecho. Es indudable que puede ejercitarse una acción de responsabilidad frente a los Administradores, y que tendrá éxito si concurren sus presupuestos, cuando la Sociedad no está sometida a un proceso concursal. También lo es, a juicio de esta Sala, que esa acción no puede resultar afectada por la declaración de concurso de la Sociedad ya que la misma tiene características y presupuestos propios que son independientes de la responsabilidad de ésta. Debe tenerse en cuenta que reiterada Jurisprudencia ha señalado que el proceso ha de resolverse en relación a la situación de hecho existente en el momento de la demanda (S 3-2-90, 2-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02 etc.), por lo que hay que examinar, para ver si se acoge o se rechaza la pretensión, si en ese momento concurrían o no los presupuestos o requisitos de la acción. Por eso el pago o cumplimiento posterior no impide el éxito de la demanda, aunque se tenga en cuenta en la ejecución. La L. E.C. parte de este criterio en los art. 410 y siguientes, señalando por la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, que las alteraciones posteriores no modifican la competencia, que no cabe alterar el objeto del proceso y que no se tendrá en cuenta el cambio de circunstancias salvo que la innovación privara de interés legítimo. La acción de responsabilidad frente a los Administradores es distinta y obedece a diversos requisitos que la de reclamación frente a la Sociedad. Por consiguiente no puede verse afectada por la declaración de ésta en concurso. Eso es lo que, a juicio de esta Sala, se desprende del núm. 2 del art. 48 de la Ley Concursal cuando indica que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Este criterio de no afectación por el concurso a las acciones dirigidas frente a los administradores con anterioridad viene mantenido por diversos autores, como Muñoz Planas, Muñoz Paredes, Rodríguez Esparza, Alonso Ureba, Garcia Cruces, Beltrán Sánchez, Borras de Quadras, Quevedo Aracil, etc.. Es más, muchos de ellos lo mantienen también para las deducidas con posterioridad a la declaración concursal, lo que, sin embargo, es más dudoso. En todo caso, a juicio de esta Sala, resulta claro que las acciones de responsabilidad de los administradores ejercitadas antes de esta declaración no resultan afectadas por el proceso concursal y pueden seguir tramitándose".*

preferencias de los créditos establecidas en la normativa concursal pero no la de terceros.

(iii) Esa suerte de riesgo de vaciamiento del patrimonio del administrador al que hacían referencia inicialmente las resoluciones judiciales que impedían su coexistencia podía verse erradicado acudiendo a un remedio procesal expresamente positivizado por el legislador español en la propia redacción original de la Ley Concursal, esto es, mediante la adopción de las ya analizadas *ut supra* específicas medidas cautelares frente al patrimonio del administrador acudiendo para ello a la previsión contenida en el art. 48 LC (en su redacción original)[505].

[505] Nótese que, antes al contrario, en estas primeras resoluciones judiciales que han sido ya analizadas *ut supra*, paradójicamente esta previsión del art. 48.3 LC (redacción original) servía de base para sostener precisamente lo contrario, esto es, que no era posible el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores en caso de declaración de concurso de la sociedad administrada, acordándose la suspensión de aquellas acciones que se ejercitaban hasta la conclusión del concurso. Así, por ejemplo, el Fundamento de Derecho Tercero del ya citado Auto de 13 de febrero de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR 2006\99571), contenía el siguiente tenor literal: *"Un argumento que constituye un complemento necesario de lo anterior se extrae del régimen instaurado por el artículo 172 LC en sede de calificación. Este precepto, en su apartado 3, establece un régimen específico y especial de responsabilidad de los administradores actuales y pretéritos en sede concursal que requiere como presupuestos la apertura de la fase de liquidación, que en la misma el activo resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores y que el concurso se califique como culpable, cuya consecuencia es que los administradores puedan ser condenados a pagar total o parcialmente el importe que de los créditos no reciban los acreedores en la liquidación de la masa activa. Dicha responsabilidad derivada directamente de la insuficiencia patrimonial y de la calificación como culpable del concurso, conlleva implícitamente la sujeción en el concurso del patrimonio de los administradores y liquidadores de hecho o de derecho actuales y de los que lo fueron dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puesto que es posible extender a estos la responsabilidad por las deudas impagadas. Lo anterior se extrae no sólo del artículo 172 LC sino también de la específica medida establecida en el artículo 48 LC que permite la adopción, incluso de oficio, de una efectiva medida de naturaleza eminentemente cautelar dirigida frente al patrimonio de dichos administradores y liquidadores consistente en el embargo de bienes y derechos suficientes para cubrir el exceso de pasivo. De esta manera, el legislador ha sujetado al concurso no sólo el patrimonio o masa activa del deudor concursado sino que ha extendido la responsabilidad a dichos administradores o liquidadores afectando en dicha medida el patrimonio de dichos administradores al concurso. Teniendo en cuenta que declarado el concurso la graduación de los créditos viene dada exclusivamente por lo dispuesto en la ley concursal que partiendo del principio del par conditio creditorum privilegia algunos créditos y subordina otros tantos créditos, si se permitiese el ejercicio de dichas acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores, se estaría situando en manos de los acreedores un mecanismo para evitar el régimen concursal de prelación de créditos puesto que podría darse el supuesto de que el acreedor más avispado o ágil, incluso de carácter subordinado en el concurso, vería su crédito satisfecho con preferencia al resto de lo acreedores dirigiéndose frente a terceros, administradores o liquidadores,*

Y es que, recordemos, el citado art. 48.3 LC (redacción original) ya preveía la posibilidad de que, desde el mismo momento en que fuese declarado el concurso de la persona jurídica, el juez del concurso, bien de oficio bien a solicitud razonada del administrador concursal, se encontraría facultado para ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores -de derecho o de hecho-, así como de quienes lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, "*cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas",* embargo que podría ser acordado *"por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito".*

En tal sentido, entre otras, puede ser destacada la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 382/2011, de 11 de noviembre[506].

cuyo patrimonio puede quedar afecto por el concurso si se declara su responsabilidad vía 172 LC, postergando con ello al resto de los acreedores del concursado preferentes. Parece que se ha querido con la interrupción de la prescripción de dichas acciones de responsabilidad y su correlativa imposibilidad de ejercicio durante la tramitación del concurso salvaguardar el patrimonio de dichos administradores hasta el momento de finalización del concurso impidiendo con ello el ejercicio de cualesquiera acciones de responsabilidad ejercitadas por los acreedores en su beneficio exclusivo durante la tramitación del concurso. Cierto es que dado que dichos administradores o liquidadores no son, como tales y por esa simple cualidad, sujetos responsables en el concurso siendo preciso para ello una sentencia de calificación específica con dicho pronunciamiento, su patrimonio no se encuentra exento de cualesquiera acciones de terceros ajenas al procedimiento concursal si bien en salvaguardia de los intereses de los acreedores del concursado se establece en la medida específica del artículo 48 LC que vincula directamente el patrimonio de los administradores y liquidadores con el concurso y que salvaguarda su integridad, cuanto menos, en la parte necesaria para cubrir el déficit patrimonial, en garantía de los acreedores".

[506] Sentencia núm. 382/2011, de 22 noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) (AC 2012\137) (ECLI:ES:APIB:2011:2487): *"en cuanto a la objeción argumentada por la representación de la demandada de que con este criterio los acreedores diligentes pueden obtener satisfacción de sus créditos en perjuicio de otros acreedores de la masa, o sin respetar el principio de la "par conditio creditorum", debemos reconocer que tal situación puede darse, pero no debemos olvidar que puede ser cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la*

5.1.2 Las reiteradas omisiones legislativas respecto de los efectos del concurso en la acción individual de responsabilidad de administradores

a) Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España

Esta postura *[paulatinamente]* mayoritaria tendente a admitir la compatibilidad del ejercicio de la acción individual con la situación concursal se vio reforzada con motivo de la nueva "ausencia" de prohibición expresa del ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el administrador con motivo de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas que llevó a cabo por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, en virtud de la cual se pretendió coordinar la responsabilidad de los administradores entre dicho texto legal y la Ley Concursal con la reforma del art. 262.5 LSA, el cual pasó a contener la siguiente redacción: *"Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior".*

---

iniciativa, conforme al art. 48.3 LC , de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales,. De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo del art. 48.3 LC adoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria".

Para muchos ello evidenciaba que la nueva ausencia de mención alguna que impidiese su ejercicio extramuros del concurso no era más que el reflejo de la verdadera voluntad del legislador español, siendo éste un argumento que igualmente encontró acogida en las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales como un argumento más a favor de la perfecta coexistencia de ambos regímenes, siendo muestra de ello, entre otras, la ya referida Sentencia núm. 275/2010, de 14 de junio, dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos[507].

En la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Córdoba en diversas resoluciones judiciales, citándose aquí, por todas ellas, la Sentencia núm. 156/2013, de 30 septiembre, de su Sección 3ª[508].

[507] La Sentencia núm. 275/2010, de 14 junio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2010\267170) (ECLI:ES:APBU:2010:952), confirmatoria de la resolución dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, recoge en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: *"El Auto del Juzgado de Instancia, de fecha 30 de abril de 2.008 , funda la compatibilidad del ejercicio de estas acciones, por ser distintas responsabilidades, una concursal y otra extraconcursal, cuya posibilidad de ejercicio no es un descuido u olvido del legislador, pues pudo establecerse otra cosa al tiempo de aprobarse la Ley Concursal -una imposibilidad de ejercitar la acción extraconcursal o prioridad de ejercicio al artículo 172-3 de la Ley Concursal , y no se hizo- especialmente al reformar los artículos 262 LSA y 105 LSRL -Disposiciones Finales 20 y 21 - como tampoco mediante algún otro precepto ad hoc que así lo estableciera, frente a un no concursado. Tampoco se hizo con la reforma del artículo 262-5 LSA por Ley 19/2005 (RCL 2005, 2199), que tenía por finalidad coordinar la responsabilidad de los administradores entre esta Ley y la Concursal. A mayor abundamiento, lo dispuesto en el artículo 60-2 de la Ley Concursal, como excepción al artículo 1.973 del Código Civil (LEG 1889, 27), permitiendo la interrupción del plazo para ejercitar las acciones frente a los administradores sociales, durante la tramitación del concurso, a cuyo término se inicia un nuevo plazo -artículo 60-3 de la Ley Concursal -. Más explícito es el artículo 48-2 de la Ley Concursal, al disponer que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado", o se amplíe la legitimación de la acción social del artículo 134 LSA a la administración concursal, posibilitando su ejercicio durante la tramitación del concurso, ni ésta posibilita que, dentro del concurso se dilucide la responsabilidad de los artículos 262 LSA y 105 LSRL. Por último, el artículo 172-3 de la Ley Concursal limita temporalmente su responsabilidad, que se amplía, en este aspecto temporal, en el artículo 949 del Código de Comercio (LEG 1885, 21). Este es el criterio mayoritario en la doctrina y Tribunales mercantiles, singularmente, cuando la acción de responsabilidad se ha ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso. En consecuencia, también el procedimiento seguido ha sido el adecuado, y excluye, en cualquier caso, el ejercicio abusivo o fraudulento de esta acción, al tener una naturaleza extraconcursal*".

[508] Sentencia núm. 156/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) (JUR 2013\374919) (ECLI:ES:APCO:2013:1389): *"es cierto que la posibilidad de demandar a un*

Así pues, finalmente nuestros juzgados y tribunales se posicionaron mayoritariamente -aunque no con carácter pacífico- con quienes abogaban por defender su efectiva coexistencia, mostrándose de esta manera favorables al posible ejercicio de la acción individual frente al administrador pese a que la sociedad de capital administrada hubiese sido declarada en concurso[509].

---

administrador social de una sociedad declarada en concurso produjo en su momento cierta polémica (más doctrinal que jurisprudencial, dicho sea de paso). Sin embargo, aunque pudiera parecer contradictorio el que ante una situación concursal pudieran exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (artículo 172 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748)), y fuera del mismo (artículos 133 a 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), y 69 y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -actuales artículos 236 a 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400)-), tal posibilidad de ejercicio no obedeció a un descuido del legislador, pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la Ley de Sociedades Anónimas, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del (anterior) artículo 172.3 de la Ley Concursal respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reformó, mediante sus Disposiciones Finales 20 y 21, los artículos 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existía en la Ley Concursal, al tiempo de interponerse la demanda, precepto alguno que impidiera ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social. Es más, en la reforma del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas , operada por la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la modificación del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio , Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio " (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. 16 de marzo de 2005, pág. 25). La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria"

[509] De esta forma, mostrándose conformes con la compatibilidad del ejercicio de las acciones societarias y el concurso, pueden ser destacados aquí, entre otros, los Autos núm. 238/2007, de 13 de noviembre (AC\2008\118) y núm. 215/2009, de 18 de diciembre (JUR 2010\68324) dictados por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sentencia núm. 275/2010, de 14 junio, dictada por la Audiencia

b) El *[parcial]* régimen de coordinación de las acciones societarias de responsabilidad de administradores y la responsabilidad concursal introducido por la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal

Al margen de la ya referida *ut supra* reforma de la Ley de Sociedades Anónimas operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ante el vacío legal que en última instancia existía respecto de una deseable normativa que claramente coordinase la responsabilidad concursal con la que pudiera derivarse de las acciones societarias de responsabilidad de los administradores, el legislador español trató de suplir este vacío[510] con la regulación introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, en cuyo Preámbulo (VIII) ya se adelantaba tal finalidad significando que pretendía precisar "*la regulación de la*

Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2010\267170) (ECLI:ES:APBU:2010:952), la Sentencia núm. 77/2009, de 6 de marzo (JUR\2009\250012) dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), la Sentencia núm. 131/2012, de 23 de marzo (JUR\2012\137333) (ECLI: ES:APC:2012:849), de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, la Sentencia núm. 63/2008, de 3 de abril (JUR\2009\21355), de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, la Sentencia núm. 382/2011, de 22 noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) (AC 2012\137) (ECLI:ES:APIB:2011:2487), la Sentencia núm. 113/2011, de 12 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) (JUR\2012\247948) y el Auto núm. 136/2006, de 29 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias de (JUR\2007\74658).

[510] *Vid.,* PARDO PARDO, J.M., «Qué acciones de responsabilidad societaria puedo ejercitar frente a los administradores de una sociedad en concurso», *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº 933, 2017, p. 7-7, quien destaca que: "*El régimen de coordinación de las acciones societarias de responsabilidad de administradores y la responsabilidad concursal aparece expresamente regulado en nuestra Ley Concursal desde la reforma operada por la Ley 38/2011. Hasta dicha reforma la Ley Concursal (LC) no se pronunciaba sobre la coordinación de las acciones societaria y concursal, lo que fue aplaudido por parte de la doctrina que consideraba que no había nada que armonizar por tratarse de dos planos u órdenes distintos. Finalmente el legislador decidió pronunciarse al respecto, determinando aquellas acciones que sí pueden convivir con el concurso y, por ende, con la acción de responsabilidad concursal, estableciendo en algunos casos por quién pueden ser ejercitadas y ante quién, y excluyendo expresamente la posibilidad de ejercitar otras acciones por la mera declaración de concurso y hasta su conclusión";* concluyendo no obstante respecto de la controvertida acción individual de responsabilidad de administradores, en los mismos términos que por nuestra parte siempre hemos defendido, que *"a diferencia de lo que sucede con las acciones sociales y de responsabilidad por deudas antes referidas, nada prevé la Ley Concursal respecto a la acción individual de responsabilidad por daños, por lo que la misma queda al margen de la reforma, pudiendo continuarse o iniciarse su ejercicio con independencia del concurso de la sociedad".*

responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales".

Pues bien, para llevar a cabo un análisis de las concretas reformas introducidas en nuestro Ordenamiento Jurídico por esta Ley 38/2011, de 10 de octubre, con relevancia en esta cuestión, resulta oportuno comenzar significando los siguientes extremos:

(i) Por un lado, con esta reforma se establecieron expresamente dos límites a tener en cuenta:

– Para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, nos encontramos con el nuevo art. 48 *quater LC*, en el que bajo la rúbrica *"efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora"*, se determinaba que *"declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores"*; lo que debía además unirse con la nueva redacción dada al art. 51.1 LC en el que, tras recoger como regla general que los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren tramitándose al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal hasta la firmeza de la sentencia, se establecía la siguiente excepción: *"se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus*

administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores", precisándose asimismo que *"los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia".*

– Y, para el de la acción de responsabilidad por deudas, el nuevo apartado segundo del art. 50 LC pasó a determinar que *"los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución*[511]*"*; previsión que se unía al nuevo art. 51.1 *bis* LC en el que se determina expresamente que *"declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución"*[512].

---

[511] Concluye el citado art. 50.2 LC (redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), indicado que, en caso de admitirse dichas demandas, *"será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior"*, remisión que viene a determinar que, en tal caso, *"se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado"*.

[512] Respecto del alcance de este reforma destacamos lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia núm. 409/2013, de 20 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (RJ 2013\4378) (ECLI:ES:TS:2013:3447): *"La Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847 y 2133), no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad. Es más, el artículo 48, apartado 2, a propósito de la acción social de responsabilidad, partió*

(ii) Por otro, esta reforma vuelve a ofrecer un controvertido silencio respecto a lo que atañe a la acción individual de responsabilidad, respecto de la que ninguna referencia se realiza[513]; lo que, a nuestro juicio, reforzaba el argumento

---

de la compatibilidad, al establecer que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios - si bien dispuso que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior - . Además, precisó que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que ya se hubieran ejercitado. Ante ese relativo silencio sobre la coordinación entre otras responsabilidades societarias de los administradores de la sociedad deudora y las propiamente concursales, el Tribunal de apelación entendió, correctamente, que, pese a que el crédito de la cooperativa demandante era concursal, resultaba admisible la estimación de la pretensión de condena, deducida, contra el presidente y uno de los miembros del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, la deudora, ante el Juez del concurso con posterioridad a la declaración del mismo, por tener dicha condena por sujeto pasivo a una persona distinta de la concursada. No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, " la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación ". Y, en ejecución de ese designio, dispone el vigente apartado 2 del artículo 50 de la Ley 22/2003 que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución y que, de admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior - esto es, el archivo de todo lo actuado y la invalidez de las actuaciones que se hubieran practicado -. Y el artículo 51 bis - contemplando un supuesto igual que el planteado - que, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración, en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. No obstante, el régimen legal que regulaba el supuesto que se ha presentado como litigioso fue el primero, esto es, el aplicado por la Audiencia Provincial, no el segundo, pues, como establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 38/2011, ésta se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. De acuerdo con dicha norma y por lo que ha sido expuesto, procede desestimar el motivo, formulado con invocación de la excepción de litispendencia, inexistente por falta del necesario presupuesto objetivo".

[513] Recordemos en este sentido que, con carácter previo a esta Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, como ya hemos visto eran muchas las voces autorizadas que abogaban por defender que la falta de prohibición del ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el administrador no había sido un olvido del legislador, y ello no solo por los argumentos que ya han sido *ut supra* expuestos, sino también porque tal extremo podría haber sido modificado si verdaderamente la voluntad del legislador hubiese sido tal prohibición aprovechando la reforma de la Ley de Sociedades

> mayoritario que ya existía en el año 2011 por el que se defendía que esta omisión en la prohibición o limitación del ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores no era furto de un olvido, sino el fiel reflejo de su voluntad de permitir su ejercicio con independencia de la eventual situación concursal de la sociedad de capital administrada, viéndose así refrentada con esta *[nueva]* omisión la decisión sido la de mantener inalterada esta última en caso de situación concursal[514].

Ahora bien, aun cuando para nosotros esta reforma debía haber resuelto el debate existente en torno a si era o no posible el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores en caso de concurso de la sociedad de capital administrada -ninguna duda podía albergarse ya al respecto en la medida en que, si verdaderamente nos encontrásemos ante un olvido del legislador en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no tendría justificación que éste no hubiese sido subsanado una vez advertido por los diversos operadores jurídicos, ni en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre ni, tampoco, en la posterior reforma de la Ley Concursal llevada a cabo años más tarde por la Ley 38/2011, de 10 de octubre-, el efecto que se produjo fue precisamente el contrario.

Así, con esta reforma se avivó el este debate con posturas nuevamente enfrentadas respecto de si este silencio se debía o no a un *[nuevo]* olvido del legislador, y es que

Anónimas que llevó a cabo por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

514 Tras analizar las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la LC, concluye MOYA BALLESTER, J., «Los Grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores», *cit.*, p. 322, que *"nada dice la Ley Concursal sobre el ejercicio de la acción individual una vez el concurso ha sido declarado, por lo que habrá que estimar la misma será posible. En consecuencia, sigue siendo viable el ejercicio de la acción individual después de la declaración del concurso e incluso una vez se ha abierto la pieza de calificación".*

mientras que algunos continuaban manteniendo que esta ausencia regulatoria traía causa en un olvido o error legislativo que no podía ser interpretado como una suerte de autorización para el ejercicio de esta acción con independencia de la eventual situación concursal de la mercantil, otros consideraban que éste debía interpretase como una deliberada y voluntaria exclusión de las limitaciones que, antes al contrario, sí habían querido ser impuestas -y así lo fueron- al resto de acciones sociales de responsabilidad. Para este último grupo, en el que nos incluimos, resultaba ya claro que en nuestro Ordenamiento Jurídico se había optado por permitir su ejercicio.

Así pues, a nuestro juicio, la falta de mención en la reforma fue fruto de una exclusión pretendida y deseada, y no de un mero olvido o de una errónea legislación.

Entendíamos ya entonces, y así lo continuamos entendiendo a día de hoy, que no cabe otra interpretación si se tiene en cuenta que el legislador concursal ha guardado silencio respecto de esta acción en las reiteradas ocasiones que ha tenido a la hora de reformar nuestro Derecho de insolvencias (primero con la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y luego con sus sucesivas y numerosas reformas operadas tanto sobre la propia Ley Concursal[515], como posteriormente donde destacamos el Real Decreto

[515] La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde la publicación de su texto inicial en fecha 10 de julio de 2003, sufrió hasta veintinueve modificaciones hasta la última de ellas publicada el 7 de mayo de 2020. Fue así modificada por sucesivas reformas publicadas en las siguientes fechas: 12/11/2023, 5/11/2004, 14/03/2005, 23/04/2005, 25/11/2005, 31/10/2007, 31/03/2009, 27/06/2009, 4/11/2009, 11/03/2010, 21/05/2011, 11/10/2011, 31/08/2012, 15/11/2012, 3/08/2013, 28/09/2013, 28/12/2013, 1/03/2014, 8/03/2014, 6/09/2014, 1/10/2014, 28/02/2015, 28/04/2015, 26/05/2015, 19/06/2015, 15/07/2015, 29/07/2015, 2/10/2015 y 7/05/2020. Destacan las reformas operadas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo (convalidado, aunque con ciertas innovaciones en el ámbito de la administración concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre (convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de septiembre de 2014), La Ley 9/2015, de 25 de mayo, el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, la Ley 25/2015, de 28 de julio (que vino a consolidar, con algunas modificaciones, el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero). Y, por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, el cual no solo fue profundamente reformado por la Ley 16/2022, de 5 septiembre, habiendo sido además, adicionalmente, objeto de reformas publicadas en fecha 13 de marzo de 2021, 3 de noviembre de 2021, 29 de junio de 2023 y 3 de enero de 2025, y ello además con perspectivas de sufrir una nueva reforma de gran calado con motivo de la ya referida Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencias que vio la luz el 7 de diciembre de 2022 -esto es, a escasos meses de la promulgación en España de la citada Ley 16/2022,

Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal y la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal), y ello además debiendo tenerse en cuenta, como ya ha sido advertido, que cuando se aprueba la reforma de la Ley Concursal operada en el año 2011 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, era notorio y por todos conocido el acalorado debate surgido primero en la doctrina y, posteriormente, en las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales, respecto de esta controvertida posibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad una vez iniciado el concurso de acreedores, y prueba de ellos es que éste es el razonamiento seguido en las posteriores resoluciones judiciales que fueron dictadas.

Entre estas resoluciones, por su claridad, destacamos aquí en primer lugar las ya referidas conclusiones que se recogen en el Fundamento de Derecho Primero de la citada Sentencia núm. 156/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba[516], en la que se significa que la posibilidad de que pudieran exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales -por un lado en el concurso (art.172 LC), y fuera del mismo (al momento de los hechos enjuiciados en ella ex arts. 133 a 135 y 262.5 LSA , y 69 y 105.5 de LRS, actuales artículos 236 a 241 y 367 TRLSC- *"tal posibilidad de ejercicio no obedeció a un descuido del legislador"*, pues tuvo tiempo de modificarlo si así lo hubiese pretendido en cualquiera de las distintas y numerosas reformas legales operadas.

De esta forma, tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2012 de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 11 de octubre, nos encontramos con una clara

de 5 de septiembre-, por cuanto ésta cuando culmine su tramitación llevará consigo una nueva reforma en nuestro Derecho de Insolvencias.

[516] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) núm. 156/2013, de 30 de septiembre (JUR 2013\374919) (ECLI:ES:APCO:2013:1389).

corriente jurisprudencial seguida por nuestros juzgados y tribunales menores en virtud de la cual, tras analizar este texto de esta reforma, concluían, aun cuando en ocasiones a modo tan solo de pronunciamiento *obiter dicta*, que una recta aplicación de las normas encargadas de coordinar la responsabilidad societaria y la responsabilidad concursal de los administradores llevaba inexorablemente a la admisión de aquellas demandas que, aun con posterioridad a la declaración de concurso de la sociedad administrada, se interponían frente a los administradores sociales en ejercicio de la acción individual de responsabilidad, siendo ésta la única acción que no se veía afectada por dicha situación concursal.

A este respecto, de entre las numerosas resoluciones judiciales que fueron dictadas en los años 2012 y 2013 acogiendo esta línea de compatibilidad[517], consideramos ilustrativo extractar aquí lo dispuesto por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el Fundamento de Derecho Segundo de su Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril[518] en la

[517] Ejemplo de estas resoluciones son, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincia de Alicante (Sección 8ª) núm. 94/2013, de 28 de febrero (JUR\2013\187069) (ECLI:ES:APA:2013:693) y la Sentencia núm. 63/2013, de 22 de marzo, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) (JUR\2013\257523) (ECLI:ES:APCO:2013:715), destacándose en esta última en su Fundamento Jurídico Tercero respecto de la situación de la acción individual de responsabilidad tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, lo siguiente: "*Ciertamente, en la actualidad la situación ya no es la misma, porque la reforma de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847 y 2133) (que entró en vigor el 1 de enero de 2012) modificó los artículos 8.7 , 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, conforme a todos los cuales la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, en tanto que la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores queda afectada en el sentido de que los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso quedan en suspenso como consecuencia de dicha declaración y hasta que no concluya el concurso (suspensión que debe ser acordada por el juez mercantil que conozca del procedimiento, en cuanto conozca la declaración del concurso), mientras que una vez declarado el concurso, no pueden ejercitarse estas acciones. Sin embargo, esta reforma, o si se quiere, esta nueva situación legal, no es aplicable al caso que nos ocupa, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencia de esta misma sección de 26 de junio de 2012)"*.

[518] Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), (AC\2013\1427) (ECLI:ES:APA:2013:1359).

que, tras efectuar un repaso a las reformas introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, concluye que tras ella "*hay ya normas dirigidas a coordinar el ejercicio y el mantenimiento de las acciones de responsabilidad contra administradores después de la declaración de concurso si bien es cierto que dicha coordinación se limita a la acción social de responsabilidad -que se atribuye al Juez Mercantil- y a la acción de responsabilidad por deudas sociales -que se paraliza o evita durante el concurso-, sin incluir, sin embargo, la acción individual de responsabilidad*". Ahora bien, esta omisión es *[correctamente]* interpretada al concluir que, por ello *"solo la acción individual de responsabilidad puede promoverse después de declarado el concurso y, en el caso de que ya estuviera planteada desde antes, seguirá con su tramitación".*

En cualquier caso, y con independencia de los diversos y válidos argumentos que pueden ofrecerse a favor y en contra de las bondades de permitir la compatibilidad entre el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores con la situación concursal de la sociedad, no puede desconocerse que ésta parece ser *[al menos por el momento]* la voluntad del legislador, lo que en el plano judicial se traduce como una herramienta que, *a priori*, se mantiene a disposición de los acreedores concursales que han sufrido un daño directo en su patrimonio como consecuencia de un negligente actuar por parte del administrador social; daño que, como veremos *infra*, no puede equipararse al sufrido por el mero impago por la sociedad del crédito debido.

c) Situación actual tras las numerosas reformas del Derecho de insolvencias español. El vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre

A día de hoy, y tras las numerosas reformas legislativas que hemos vivido en el Derecho de insolvencia español tras la ya analizada *ut supra* reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, las cuales derivaron finalmente en el dictado del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

Concursal (posteriormente objeto de nueva reforma de calado en virtud de la ya referida *ut supra* Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), vemos cómo el silencio del legislador sigue siendo el protagonista pese a que las voces más autorizadas de nuestra doctrina han aconsejado en reiteradas ocasiones la positivización de un régimen legal expreso que coordine el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores con la pieza de calificación concursal.

Los actuales art. 136 (anterior art. 50 LC) y139 TRLC (anterior art. 51 bis LC), vuelven a excluir de su ámbito de aplicación a la acción individual de responsabilidad, por lo que tras la declaración de concurso de la sociedad administrada ningún óbice procesal existe para la interposición de una demanda frente al administrador *ex* art. 241 TRLSC.

Así pues, y aun cuando más que aconsejable, como veremos *ut infra*, la reforma legal en este punto se muestra casi imprescindible para poner fin a las controversias que todavía existen respecto de algunos de los efectos jurídico-procesales derivados del ejercicio simultáneo de la acción de responsabilidad individual de administradores *ex* art. 241 TRLSC con la tramitación del concurso de acreedores de la sociedad administrada, de lo que ya no cabe duda alguna a día de hoy es de que tal posibilidad existe, siendo un efecto deseado de la omisión que existe respecto de cualquier impedimento legal a este respecto[519].

[519] Destaca al efecto POZA CABALLERO, N., «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», *cit.*, pp. 105-107, esta efectiva necesidad de que ambos regímenes sean por fin completamente coordinados, afirmando que *"La Ley Concursal establece de*

5.2 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONBSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

5.2.1 El impacto en el ejercicio de la acción social de responsabilidad

a) La Administración concursal como única legitimada para el ejercicio de la acción social *ex* art. 132.1 TRLC

Siguiendo la línea fijada por nuestro legislador en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal cuanta con una específica previsión de los efectos que se derivan de la declaración de concurso respecto de la acción social de responsabilidad regulada en los arts. 238 y ss. TRLSC.

En particular, el TRLC nos ofrece un nuevo artículo 132[520] -el cual no ha sufrido reforma alguna desde su incorporación a nuestro Derecho de insolvencias por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo-, en el que, bajo la novedosa rúbrica de *"Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora"*, añadiéndose así a ella a los liquidadores y auditores ya que, como en todo caso también hacía su predecesor art. 48 *quater* LC, en él no solo se recogen las reglas del juego respecto

forma inequívoca la compatibilidad entre el concurso y el ejercicio de la acción social de responsabilidad, introduciendo determinados matices en su régimen jurídico, sin embargo, veda la posibilidad de que durante el tiempo en que la declaración de concurso permanezca vigente se pueda ejercitar simultáneamente la acción de responsabilidad por deudas. Pero lo más significativo y quizás, lo que más problemas plantea al no estar resuelto por el legislador, es que nada se prevé en la normal concursal sobre la posibilidad o no del ejercicio de la acción individual. En síntesis, el silencio que guarda la normativa societaria y concursal sobre algunos aspectos especialmente problemáticos, ha originado un gran número de situaciones ante los tribunales que no han sido resueltas de forma uniforme por las diferentes Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Mercantil, lo que ha generado una grave situación de inseguridad jurídica, obligando al Tribunal Supremo a ir resolviendo algunas de estas cuestiones, llegando a cambiar incluso de criterio sobre algunos aspectos, motivado por las constantes modificaciones que sirven para adaptar el régimen a las diferentes situaciones que se van suscitando en el tráfico jurídico mercantil1)".

[520] Puede verse un análisis completo de lo preceptuado en este nuevo art. 132 TRLC en GÓMEZ SUÁREZ, C., «Artículo 132. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal (Vol. 1)* (DIR. RENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 605-607.

del impacto de la declaración concursal en la acción social de responsabilidad de los administradores y liquidadores sino también la relativa a sus auditores, regulada en el art. 271 TRLSC.

Así pues, si atendemos a la vigente redacción del art. 132.1 TRLC, vemos cómo en él se determina que, una vez declarado el concurso, única y exclusivamente corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada -esto es, el ejercicio de la acción social de responsabilidad regulada en los arts. 238 y ss. TRLSC- contra sus *"administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados"*.

Este elenco subjetivo de personas afectadas, como no podría ser de otra forma, coincide con la delimitación subjetiva de la responsabilidad societaria que se contiene en el art. 236 TRLSC.

Nótese a este respecto que nos parece acertada esta atribución exclusiva para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores a la administración concursal y ello por cuanto, por un lado, permite que la sociedad pueda ejercitarla -indirectamente, si se quiere- a través de la administración concursal sin que quede vedado su ejercicio por la declaración concursal y, por otro, permite una mayor coordinación práctica respecto de eventuales condenas derivadas del régimen de responsabilidad concursal que pueda ser interesado por el administrador concursal en su informe de calificación -*v.gr*., respecto de una eventual condena a la indemnización de daños y perjuicios *ex* art. 455.2.5 TRLC-.

b) La jurisdicción del juez del concurso, exclusiva y excluyente para el conocimiento del acción social de responsabilidad contra los administradores *ex* art. 52.3.2º TRLC

Y, precisamente en línea con esa coordinación que acabamos de referir, nos encontramos con la necesaria atribución de la jurisdicción para su conocimiento al juez del concurso *ex* art. 52.3.2º TRLC (anterior art. 52.7 TRLC), el cual determina que, cuando el deudor sea persona jurídica, la jurisdicción del juez del concurso será también exclusiva y excluyente respecto de "*las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra las personas, cualquiera que sea su denominación, que tengan atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada".*

c) La acumulación de oficio al concurso *ex* art. 138.1 TRLC

Expuesto lo anterior, conviene continuar nuestro análisis indicado qué sucede con los eventuales procedimientos en curso al momento de declararse el concurso de la sociedad en los que se estuviese ejercitado la acción social de responsabilidad.

Para ello debemos acudir a lo dispuesto en el actual art. 138 TRLC, en cuyo apartado primero se determina que aquellos juicios en los que se hubieran ejercitado acciones de responsabilidad contra (1) *"los administradores o liquidadores, de derecho o hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta*

dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados" -vemos por tanto cómo con el Texto Refundido de la Ley Concursal se actualizó el ámbito subjeto para acompasarlo con el art. 236 TRLSC- y (2) *"contra los auditores por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada"*, éstos se acumularán de oficio al concurso siempre que, no obstante, se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o la vista.

Nótese que esta previsión legalmente establecida no afectará en modo alguno más allá de su acumulación al concurso ya que, como continúan preceptuado los apartados 2 y 3 del citado art. 138 TRLC, éstos continuarán con su tramitación conforme al procedimiento por que se viniese sustanciando su reclamación, incluido asimismo el sistema de recursos.

Ahora bien, pese a las cautelas que parecen haberse adoptado *ex* arts. 52.3.2º, 132 y 138 TRLC, en la medida en que puede solaparte el enjuiciamiento de conductas susceptibles de reproche tanto por la vía de la acción social como por la de la responsabilidad societaria, existe un riesgo -al menos en el plano teórico- de que el mismo comportamiento del administrador sea doblemente sancionado.

5.2.2 Primeras reflexiones respecto de la controvertida compatibilidad de la acción individual con la responsabilidad concursal

Si atendemos al alto rigor con el que, en los últimos años, se viene exigiendo la necesaria acreditación del efectivo daño directo -y no meramente reflejo o indirecto- sufrido por el acreedor social que ejercita la acción del art. 241 TRLSC, ello pueda tener quizás su origen en el notable incremento que se ha producido en el uso de esta acción para exigir responsabilidades a administradores de sociedades de capital que se encuentran en situación concursal en la medida en que, dentro del concurso, suelen mostrarse cuanto menos exiguas las posibilidades de cobro del crédito debido por la concursada.

Por ello, aun cuando la acción de responsabilidad se enfoca a obtener un resarcimiento del daño sufrido que tiene una naturaleza claramente indemnizatoria y, por tanto, distinta del crédito impagado, el importe de la indemnización que suele sustentar el ejercicio de la acción individual *ex* art. 241 TRLC suele equiparse en un alto porcentaje de supuestos al importe del crédito que ha sido impagado por la sociedad.

Ello ha derivado en que, en algunos momentos, como ha sido ya anticipado, la compatibilidad del ejercicio de esta acción con la situación concursal de la compañía deudora se considerase controvertido por cuanto, en última instancia, el éxito de la acción equivalía en la práctica a la recuperación indirecta del crédito que ha resultado impagado, siendo ésta una forma indirecta de obtener el pago de su crédito extramuros del procedimiento concursal con la consiguiente ruptura de la *par conditio creditorum*[521]*;* crítica que, no obstante, ya fue oportunamente superada[522] como hemos tenido ocasión de analizar *ut supra.*

También se argumentaba en su momento el supuesto perjuicio que para los acreedores concursales podría suponer el ejercicio de este tipo de acciones en la medida en que, en

[521] MOSQUERA DE VALDIVIELSO, J., «Concurrencia de la responsabilidad de los administradores en los ámbitos societario y concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 819, 2011, p. 7, señalaba que *"autores como Alberto ALONSO UREBA concluyen que la responsabilidad reclamada por la vía de la acción individual solo será exigible una vez cubierta la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC, y ello con fundamento en la par conditio creditorum, pues, de lo contrario, unos mismos hechos permitirían un doble resarcimiento a los acreedores"*

[522] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, 2003, pp.31-68, p. 36, destacaba ya incluso en aquel inicial momento que "no parece que tenga sentido que la declaración de concurso deba desplegar efecto alguno sobre ella" *[la acción de responsabilidad individual]*, en la medida en que "*puede constatarse, en primer lugar, que la efectividad de la condena que, al amparo de cuanto dispone el artículo 241 LSC, pudiera recaer sobre los administradores sociales no incide en la masa activa del concurso, pues tal gravamen recaerá sobre el patrimonio personal de los administradores condenados a indemnizar. De otro lado, si el resultado que con tal indemnización se consigue es la reparación del daño causado –de modo directo– en el patrimonio personal de los socios o terceros legitimados activamente, también es obligado concluir afirmando que el crédito de reparación que les asiste no puede calificar, en ningún caso, como crédito concursal"*.

caso de prosperar, en la práctica existiría el riesgo de que se produjese un vaciamiento del patrimonio del administrador social. Ello, se alegaba, supondría la pérdida de una fuente externa para recapitalizar el patrimonio de la sociedad en concurso a la que, en caso de considerase culpable el concurso, ya no se podría acudir para llevar a efecto la ejecución de condenas impuestas al administrador en la sentencia de calificación -*v.gr.* en casos condena al administrador a reintegrar lo indebidamente percibido de la concursada e incluso a cubrir el déficit concursal-.

Lógicamente tales extremos no solo eran alertados por algunas voces de nuestra doctrina, sino que, en lógica procesal, a su vez eran alegaciones utilizadas por los administradores demandados por la vía de la acción individual de responsabilidad de administradores si bien, como ya hemos tenido ocasión de anticipar, finalmente la práctica forense los ha rechazado *[al menos mayoritariamente]*, tal y como hemos analizado *ut supra* en el Capítulo Primero del presente trabajo con el debido detenimiento sin perjuicio de que, aquí, en todo caso, sucintamente pasamos a exponer los principales motivos que sustentan el rechazado de estos argumentos:

(i) La sección de calificación del concurso y la acción individual de responsabilidad social enjuician cosas distintas: *(a)* la primera se dirige a determinar si el comportamiento del administrador contribuyó a generar o agravar la insolvencia de la compañía y *(b)* la segunda, a enjuiciar si hubo o no un comportamiento antijurídico del administrador en la específica generación del crédito que ostenta el acreedor, esto es, si ha existo o no ese plus de reprobabilidad en la concreta actuación del administrador frente a ese acreedor.

(ii) La acción individual de responsabilidad se dirige contra el patrimonio del administrador y, por ende, contra un patrimonio ajeno al de la concursada que, en modo alguno, está sujeto a la regla de la *par conditio creditorum*.

(iii) En todo caso, si verdaderamente existe un riesgo de vaciamiento del patrimonio del administrador que pueda ser afectado por la sección de calificación, el

> legislador ha configurado un específico mecanismo para evitar cualquier tipo de pernicioso efecto que ello pudiese suponer para el procedimiento concursal por la vía del embargo cautelar de sus bienes *ex* actual art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC y antiguo art. 48.3 LC)[523].

Entendemos por tanto que, hoy en día, ninguna duda puede albergarse de que, con la actual regulación, no existe impedimento alguno que vete la posibilidad del acreedor social de acudir al ejercicio de la acción individual de responsabilidad de acreedores *ex* art. 241 TRLSC en aquellos supuestos en los que su sociedad administrada se encuentre inmersa en un procedimiento concursal[524]. La acción individual de responsabilidad de administradores y la responsabilidad societaria presentan regímenes claramente diferenciados y compatibles por cuanto se dirigen a enjuiciar y proteger intereses distintos.

Ello no obstante debiendo tenerse en cuenta que, como ya se ha repetido en el presente trabajo en reiteradas ocasiones, no todos los acreedores estarían facultados para obtener un resarcimiento de los administradores por su crédito impagado *ex* art. 241 TRLC sino que, a la vista de la actual doctrina de nuestro más Alto Tribunal, su ejercicio está

---

[523] HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria, cit.,* pp. 303-305: *"por mucho que el daño se identifique con el crédito, lo relevante es que, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la acción individual de responsabilidad, el crédito del tercero es un crédito de resarcimiento de un daño y, por tanto, diferente –insistimos, aunque pueda coincidir con el importe del crédito concursal– en su naturaleza. Además, no debe olvidarse que la acción del tercero se dirige contra unas personas no declaradas en concurso, como son los administradores de la sociedad concursada, de forma que, como tradicionalmente ha sostenido nuestro Tribunal Supremo, ninguna lesión puede existir en tales casos del principio de la par conditio creditorum", tras lo que finalmente concluye que "para proteger el interés prevalente de la masa de acreedores frente al interés individual de un acreedor que ejercitase frente a los administradores sociales la acción del art. 241 LSC, el juez del concurso y la administración concursal disponían (y disponen) de un instrumento sumamente eficaz como es el embargo preventivo de los bienes de aquellos que el artículo 48.ter.1 LC instituye y que, precisamente, tiene por finalidad garantizar la efectividad de una eventual sentencia que imponga la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC".*

[524] *Vid*., entre otros, el Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR 2021\17936) (ECLI: ES:APM:2020:5754A).

reservado solo a aquellos acreedores que ostenten una deuda contra la sociedad concursada en cuya generación hubiese mediado un comportamiento especialmente reprobable y directamente imputable al administrador social[525] -y ello, además, siempre que se cumplan el resto de requisitos que legal y jurisprudencialmente se exigen-.

Ahora bien, esta compatibilidad no implica que no sea deseable una reforma legal que facilite o, al menos, determine una completo sistema que ordene su compatibilidad poniendo fin a las controversias que todavía existen respecto de algunos de los efectos jurídico-procesales derivados del ejercicio simultáneo de la acción de responsabilidad individual de administradores con la tramitación del concurso de acreedores de la sociedad administrada[526], tal y como tendremos ocasión de profundizar *ut infra* en el Capítulo Sexto del presente trabajo.

5.2.3 Impacto de la declaración de concurso en la acción de responsabilidad por deudas

a) La inadmisión a trámite de nuevas demandas *ex* art. 136.1.2º TRLC (anterior art. 50.1 LC)

Debemos tener presente que, tras la declaración del concurso de acreedores, los Juzgados de lo Mercantil no podrán admitir a trámite nuevas demandas que se interpongan ante ellos en las que se ejercite la acción de responsabilidad por deudas ex art. 367 TRLC; acción cuyo ejercicio se encuentra vedado durante la tramitación del procedimiento concursal, tal y como así lo establece el actual art. 136.1.2º TRLC, al preceptuar que *"los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital*

[525] *Vid*., entre otras, la Sentencia 302/2016, de 29 julio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero) (JUR 2016\258451) (ECLI: ES:APBU:2016:636).

[526] POZA CABALLERO, N., «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», *cit.*, pp. 105-107.

concursadas que hubieran incumplido los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución".

Nótese a este respecto que, en lo que atañe a la específica regulación de la acción de responsabilidad por deudas existe un mayor solapamiento puesta en relación con la responsabilidad concursal que respecto del resto de acciones societarias y, por ello, ésta presenta un tratamiento específico.

En este caso, además, la sanción que uno y otro régimen puede suponer para el administrador puede solaparse, motivo por el cual la opción del legislador -aun cuando inicialmente nada se decía en la redacción original de la Ley Concursal-, para por vetar su ejercicio, priorizando la responsabilidad concursal a la eventual responsabilidad societaria por deudas.

b) La suspensión de los procedimientos en tramitación *ex* art. 139.1 TRLC (anterior art. 51 *bis* LC)

Asimismo, en lógica coherencia con lo anteriormente expuesto, el art. 139.1 TRLC es claro al determinar que, durante el periodo comprendido entre la declaración del concurso y la fecha de eficacia del convenio o, en su defecto, en caso de liquidación hasta la conclusión del concurso, *"quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de esa declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución"*[527].

[527] Nótese a este respecto que, en aquellos supuestos en los que se hubiese ejercitado acumuladamente con el debido respeto en todo caso a la técnica procesal -arts. 70 y ss. LEC-, la acción individual de responsabilidad ex art. 241 TRLC y la acción de responsabilidad por deudas ex art. 367 TRLC, la controversia respecto de si este art. 139.1 TRLC obliga a su total suspensión, o no, permitiéndose en tal caso su continuación respecto de la acción individual, "está servida", si se nos permite la expresión. A tal efecto, nos encontramos con que, al obligar a la suspensión del "procedimiento" por mor del art. 139 TRLC, para algunos ello implica

c) Reflexiones en torno a los efectos reflejos en la acción de responsabilidad por deudas

Llegados a este punto consideramos oportuno advertir de la existencia de dos efectos reflejos que se derivan de la previa tramitación de un concurso de acreedores respecto del posterior ejercicio de una acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC: (1) el primero de ellos relativo a los efectos que tiene la solicitud de concurso extemporánea en supuestos de crisis disolutoria, por cuando, tal y como ya han determinado con total rotundidad nuestros juzgados y tribunales, la solicitud de concurso no libera al administrador de la responsabilidad por deudas sociales cuando aquél incumplió previamente el deber de convocatoria ex art. 365 TRLSC[528] y, (2) el segundo, relativo a la controvertida apreciación de los efectos positivos de la institución de la cosa juzgada en supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas con posterioridad a la tramitación de una sección de calificación concursal fortuita.

Centraremos aquí nuestra atención en la última de estas cuestiones de índole jurídico-procesal que consideramos necesario incluir en el presente trabajo; cuestión que gira en torno a los efectos positivos de la institución de la cosa juzgada para procedimientos posteriores *ex* art. 222 LEC (o, al menos, respecto de su configuración como precedente a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la responsabilidad del administrador), en aquellos supuestos en los que, previo al ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas frente al administrador, se ha

la necesidad de suspender el procedimiento en su totalidad sin poder desgajarlo para continuar con la tramitación de la acción individual cuya compatibilidad, como hemos visto, resulta ya incontrovertida.

[528] *Vid*., en tal sentido, la Sentencia núm. 62/2024, de 11 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguer) (JUR\2024\282165) (ECLI:ES:JMC:2024:60), en la que se hace un completo repaso a la doctrina jurisprudencial existente al respecto.

tramitado la sección de calificación de la sociedad administrada con la calificación de fortuito.

Y es que, si acudimos a lo dispuesto por nuestros juzgados y tribunales sobre este concreto extremo -que, ni mucho menos, puede considerase baladí pues su respuesta tiene importantísimos efectos prácticos en materia de responsabilidad de administradores-, como analizaremos a continuación[529], hay dos corrientes o doctrinas jurisprudenciales claramente diferenciadas lo que, una vez más, arroja un elevado grado de inseguridad jurídica para los justiciables incompatible, a nuestro juicio, con el debido respeto al consagrado Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva.

1. Corriente jurisprudencial que aboga por defender que la previa calificación fortuita de la sección de calificación del concurso de la sociedad administrada no condiciona el éxito de un posterior ejercicio de la accesión de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC frente al administrador.

   Muestra de esta primera corriente destacamos lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en su Sentencia núm. 2156/2020, de 13 de octubre[530], en la que se considera que ninguna relevancia tiene que el procedimiento concursal fuese calificado como un concurso fortuito por cuanto *"los hechos enjuiciados en la sección del concurso nada tienen que ver con la responsabilidad que de forma objetiva se imputa al administrador por el incumplimiento de su deber de disolver la sociedad, ya que la responsabilidad*

[529] Aun cuando son muchas y variadas las resoluciones judiciales que nos encontramos al efecto, *ut infra* agruparemos en estas dos principales corrientes jurisprudenciales algunas de las que hemos considerado más ilustrativas para evidenciar la controversia que se produce en la práctica forense.

[530] Sentencia núm. 2156/2020, de 30 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR 2020\333816) (ECLI:ES:APB:2020:9720).

concursal por cobertura del déficit parte de unos presupuestos y una finalidad distinta a la que se contempla en el art. 367 LSC."

En el mismo sentido ya se pronunciaba la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en su previa Sentencia núm. 300/2013 de 17 julio, cuyo criterio además tuvo una gran acogida en los juzgados menores[531], sobre la base de que la única negligencia relevante en la vía societaria *ex* art. 367 TRLSC es la de no haber promovido la disolución de la sociedad dentro del plazo legal de dos meses desde la concurrencia de la causa legal de disolución, motivo por cual apuesta porque "*no resulte incompatible la posibilidad de que exista esta responsabilidad con la circunstancia de que posteriormente la sociedad entrara en insolvencia y se declarara en situación concursal y que el concurso se declarara fortuito",* ya que las causas que permiten declarar la eventual culpabilidad del concurso no guardan relación con la responsabilidad del art. 367 TRLSC. Destaca asimismo el tribunal que *"el hecho de que en el proceso concursal pueda ser exigida responsabilidad a los administradores, si bien puede ser un hecho relevante, razón por la que el legislador finalmente ha establecido la suspensión de las acciones extraconcursales mientras esté vigente el concurso, no impide que concluido el concurso recobre vigencia la posibilidad de ejercitar las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores por las deudas insatisfechas."*

Por su parte, defiende esta postura la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) en su Sentencia núm. 116/2019, de 21 de marzo[532], al considerar que no cabe confundir el plano de la insolvencia y la situación de desbalance, resultado "*equivocado identificar la responsabilidad por deudas con la*

[531] Sentencia núm. 300/2013, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR 2013\339082) (ECLI:ES:APB:2013:9351).

[532] Sentencia núm. 116/2019, de 21 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (JUR 2019\127174) (ECLI:ES:APVA:2019:362).

culpabilidad del concurso (arts. 164, 165 y 172.2 LC) o la responsabilidad por déficit concursal (art. 172 bis LC)". Destaca igualmente el tribunal, como lo hacían también los anteriormente referidos, que *"el incumplimiento del deber legal contemplado en el art. 367 LSC al que el legislador anuda la responsabilidad por deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, no se encuentra expresamente referido como un supuesto de culpabilidad concursal, reconociendo el legislador la posibilidad del ejercicio de este tipo de pretensiones una vez finalizado hubiera finalizado el procedimiento concursal (art. 50.2 LC) o la continuación de aquellas formuladas con anterioridad pero suspendidas por la declaración del concurso (art. 51 bis 1 LC)"*.

Análogo pronunciamiento se recoge en la Sentencia núm. 88/2021, de 9 de abril, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ignacio Martínez Aroca)[533], al destacar que *"para que pueda apreciarse el efecto de cosa juzgada (...) es necesario que exista una identidad de objeto y también de partes. (...) el hecho de que el concurso fue calificado fortuito, no impide que en el seno de un procedimiento posterior puedan ser tenidas en consideración para justificar la responsabilidad de los administradores"*.

Y, como apuntábamos, esta corriente ha sido acogida también por numerosos juzgados menores, siendo ejemplo de ello lo determinado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián en su Sentencia núm. 135/2019, de 17 de abril (Ponente: Ilmo. Sr. D Pedro José Malagón Ruiz)[534], así como lo

[533] Sentencia núm. 88/2021, de 9 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) (JUR 2021\224017) (ECLI:ES:JMMU:2021:3406).

[534] Sentencia núm. 135/2019, de 17 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (AC 2019\1165) (ECLI:ES:JMSS:2019:666).

dispuesto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón en su Sentencia núm. 34/2021, de 8 de febrero (Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael Abril Manso)[535], en la que se insiste en que *"la calificación del concurso como fortuita no afecta, ni condiciona, ni excluye a las acciones de responsabilidad del administrador social, que tienen un fundamento distinto. El concurso se califica como fortuito cuando la conducta de los administradores no ha tenido influencia, por dolo o culpa, en la causación o agravación de la insolvencia empresarial. Pero tal carácter fortuito no impide que concurran causas objetivas para que pueda operar la responsabilidad del artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que procede examinar el soporte probatorio que fundamenta dicha acción, al margen de la calificación fortuita del Concurso"*.

2. Corriente jurisprudencial que sí considera que la previa calificación fortuita de la sección de calificación del concurso de la sociedad administrada tiene una importante relevancia en el posterior ejercicio de la accesión de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC frente al administrador:

   Frente a la anterior postura, sin embargo, se alza una corriente jurisprudencial que sí considera que la calificación como fortuita de la sección de calificación concursal de la sociedad administrada tiene impacto ante un eventual posterior enjuiciamiento en el plano societario de la responsabilidad por deudas del administrador, siendo un firme exponente de ella la Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz[536] en la que se afirma respecto de la responsabilidad societaria que se "*deriva de su condición de administrador, ya sea ex artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital, ya se le exija por la vía acción individual del*

[535] Sentencia núm. 34/2021, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (JUR 2021\160366) (ECLI:ES:JMO:2021:1035).

[536] Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) (JUR 2017\104801) (ECLI:ES:APBA:2017:238).

artículo 241 del mismo texto legal, debe tenerse en cuenta lo sucedido en la previa sección de calificación, por cuanto de determinase que éste fue fortuito, se desplegarían "los efectos positivos de la institución de la cosa juzgada para procedimientos ulteriores, lo que enerva, aún más, la presunta culpa o dolo en la actuación que se trata de reprochar al Sr. Lorenzo en este juicio, pues, dicha declaración, firme en Derecho, excluye cualquier clase de dolo o culpa del administrador en la generación o agravación del estado de insolvencia, origen o causa, en definitiva, de las acciones que aquí se ejercitan"; argumento éste que, no obstante, podría ser susceptible de encaje en lo que respecta a la acción individual, y no tanto, en el supuesto del ejercicio de la acción por responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC.

Análogo criterio que también adopta la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) en su Sentencia núm. 57/2011, de 17 de febrero[537], si bien matizando que la previa calificación concursal como fortuita no debe considerarse como cosa juzgada, siendo no obstante un hecho que avala en todo caso la inexistencia de responsabilidad del administrador, afirmando que *"la Administración Concursal califica el concurso como fortuito excluyendo cualquier responsabilidad del administrador por el retraso en solicitar la declaración, circunstancia que aunque no constituye cosa juzgada respecto de la reclamante, avala la inexistencia de culpa del administrador."*

Esta suerte de vinculación de menor grado que no alcanza a calificarse como supuesto de cosa juzgada, pero sí como un elemento a tener en cuenta[538], es la

[537] Sentencia núm. 57/2011, de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) (JUR\2014\180669) (ECLI:ES:APSS:2011:1242).

[538] Nótese que esta menor vinculación, aunque existente, se ha defendido también por nuestros juzgados y tribunales no solo respecto de la acción social de responsabilidad por deudas del art. 367 del TRLSC, sino también respecto a otras como la acción individual de responsabilidad. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 286/2013, de 18 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª**)**

> que a su vez ha defendido la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) en su Sentencia núm. 922/2016, de 2 de noviembre[539]:

Ciertamente consideramos que la búsqueda del necesario respeto del principio de seguridad jurídica *ex* art. 9.3 de nuestra Constitución Española exige cierta coherencia entre los pronunciamientos de los diferentes órganos judiciales que podrían tener competencia sobre un mismo tema[540], pero no puede obviarse el hecho de que, como ha sido ya destacado, los requisitos que se exigen para determinar la culpabilidad con afección al administrador societario en sede concursal no son los mismos que los establecidos para exigir la responsabilidad del administrador por la vía de las acciones societarias (entre ellas, la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC), por lo que entendemos difícil considerar que pueda sostenerse con carácter general un criterio

---

(Ponente: Ilmo. Sr. D Agustín Prieto Morera) (JUR 2013\250388) (ECLI:ES:APLE:2013:993), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo de afirma lo siguiente: *"No se llevaron adelante la construcción por causas ajenas a su gestión, como fue la actual crisis inmobiliaria, viéndose forzado a presentar el concurso de voluntario de LANCROM CONSTRUCCIONES SL, que como hemos dicho fue declarado fortuito. Por lo que igualmente no podemos establecer un fundamento de culpabilidad que impute la imposibilidad de cobro de la deuda a actos u omisiones de D. Ambrosio como administrador LANCROM CONSTRUCCIONES SL".*

539 Sentencia núm. 922/2016, de 2 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D José Enrique de Motta García-España) (JUR 2016\143960) (ECLI:ES:APV:2016:3927): "*"En este punto, deben de tenerse en cuenta dos circunstancias: i) La mercantil fue declarada en concurso voluntario en 1 de junio de 2011; ii) El concurso de declaró fortuito en 15 de octubre de 2012 (folio 137). Lo anterior, sin tener efectos de cosa juzgada en este pleito, sí que otorga una apariencia de regularidad de la actuación del administrador, pues no se apreció por el administrador concursal (ni el Ministerio Fiscal) ni retraso en la solicitud del concurso ni comportamientos dolosos o culposos que hubieran agravado la situación de insolvencia. Ante tal apariencia, haciendo camino de vuelta en la imputación de la carga de la prueba, debiera haberse desarrollado actividad que acreditase que la pasividad del administrador (no disolviendo al cierre de cuentas de 2008, fecha que fijaba en su demanda el demandante; o solicitando el concurso de acreedores a destiempo) hubiera supuesto impedimento para el pago de su crédito, el daño."*

540 *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 276/2006, de 17 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ/2006/5637) (ECLI:ES:TS:2006:1569), que se manifiesta en el siguiente sentido: *"Aun cuando es cierto que la vinculación del juzgador civil se limita, en la perspectiva de la resolución penal absolutoria, al alcance expresado, sin embargo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE [RCL 1978, 2836]), que vincula a todos los poderes y autoridades públicas, no permite que por un tribunal de un orden jurisdiccional se dicte una decisión con una declaración sobre la existencia de un hecho totalmente contraria a la dictada con anterioridad por el tribunal de otro orden jurisdiccional, porque un mismo hecho no puede existir y no existir a un tiempo."*

que defienda los efectos inherentes a la cosa juzgada *ex* art. 222 LEC como criterio determinante, siempre y en todo caso, para excluir el posible éxito de una acción societaria posterior cuando se ha declarado fortuita la sección de calificación concursal.

Ahora bien, ello no obsta que, como así lo ha defendido una parte de la doctrina jurisprudencial que acaba de ser expuesta, lo declarado como probado en la sección de calificación respecto a la base fáctica[541] de la sentencia que al efecto se dicte en el proceso concursal, no sea un antecedente lógico que deba ser tenido en cuenta en el procedimiento de responsabilidad de administradores que pueda ser tramitado con posterioridad -lo que, por la propia configuración de la diferente concepción de las acciones societarias, más que tener un impacto en el posterior ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas *ex* art. 367 TRLSC consideramos que podría tenerlo respecto de una eventual acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC-.

5.3 EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN EX ARTS. 155.3 Y 4 TRLC

A fin de culminar nuestro análisis en lo que respecta al impacto que tiene la declaración de concurso de la sociedad de capital administrada en las acciones societarias de responsabilidad de administradores debemos detenernos en los efectos interruptivos de la prescripción regulados en los apartados 3º y 4º del art. 155 TRLC[542].

Así pues, en estos apartados, acogiéndose a una matizada y completada versión del original art. 60 LC -armonizada ya en este punto con nuestro Derecho societario-, determina:

[541] Esto es, en lo que respecta a los hechos que se declaren probados.

[542] El lector puede encontrar un análisis de esta regulación en PRENDES FIGUEIRAS, L., «Artículo 155. Interrupción de la prescripción», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 742-745.

(i) Por un lado, en el art. 155.3 TRLC, que desde la declaración del concurso y hasta su conclusión, queda interrumpida la prescripción de las acciones contra (1) los socios y (2) contra los administradores, los liquidadores, la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, y la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, así como (3) contra los auditores de la persona jurídica concursada y aquellas otras cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.

(ii) Por otro, preceptúa *ex* art. 155.4 TRLC que en los casos en los que opere esta prescripción, el cómputo del plazo para la *[nueva]* prescripción se iniciará nuevamente a la conclusión del concurso.

Ahora bien, como ya apuntamos en el Capítulo Segundo del presente trabajo, no debe confundirse este efecto de interrupción de la prescripción en este caso con la posibilidad o no de ejercicio de la acción individual *ex* art. 241 TRLSC durante la tramitación del concurso ya que, como hemos analizado en profundidad, ello no afecta al posible ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores extramuros del concurso quedando esta vía perfectamente expedita tras la declaración concursal de la mercantil administrada.

En tal sentido debemos significar de nuevo aquí lo dispuesto en la Sentencia núm. 237/2014, de 22 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)[543] en la, atendiendo al art. 60 LC que, en análogos términos, precedía al actual art. 155 TRLC, ya determinaba con total rotundidad que el hecho de que el ejercicio de esta acción individual no quedase suspendido como consecuencia de la declaración de concurso por

[543] Sentencia núm. 237/2014, de 22 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2014\6885) (ECLI: ES:TS:2014:5721).

mor de lo dispuesto en la normativa concursal, ello obsta a que sí le alcance a esta acción el efecto de la interrupción de la prescripción.

No debemos perder de vita que, como señala nuestro más Alto Tribunal, la interrupción de la prescripción no va ligada necesariamente a la suspensión o paralización de la acción, siendo posible que estando interrumpida la prescripción pueda ejercitarse la acción. Así pues, en estos casos, la justificación del efecto interruptivo de la prescripción es distinto, guardando aquí relación con la conveniencia de que los terceros afectados (acreedores de la sociedad) esperen a lo que pudiera acontecer en el concurso, ya que ello puede afectar al daño o perjuicio susceptible de ser resarcido por los administradores con la acción individual; y ello además sin perjuicio de que lo acontecido en la sección de calificación también podrá ofrecer información al acreedor de algún especifico comportamiento de los administradores que pudieran justificar la responsabilidad *ex* art. 241 TRLC por configurarse respecto a él como una actitud especialmente reprobable en la generación de su crédito.

CAPÍTULO SEXTO

LA DESEABLE COORDINACIÓN DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES CON LA PIEZA DE CALIFICACIÓN

Sumario

6.1 EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES DERIVADOS DE LA POSIBLE TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADA. 6.1.1 Rechazo a las peticiones de suspensión por prejudicialidad civil *ex* art. 43 LEC. 6.2.2 La eventual terminación del procedimiento *ex* arts. 22 y 413 LEC y la, en todo caso, vía de la residual acción por enriquecimiento injusto La vía de la residual acción por enriquecimiento injusto. 6.2 EL EVENTUAL ÉXITO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EX ART. 241 TRLSC Y SU IMPACTO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES EN TRAMITACIÓN. 6.2.1 Hechos declarados probados en la acción individual de responsabilidad de administradores. 6.2.2 El *[controvertido]* crédito del administrador que podría nacería frente a la concursada y su eventual calificación en el concurso.

6.1 EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES DERIVADOS DE LA POSIBLE TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES DE LA SOCIEDAD AMINISTRADA

De entre las distintas cuestiones procesales a tener en cuenta inherentes a la propia tramitación de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC durante la tramitación del concurso de acreedores que más conflictividad presentan en la práctica forense caben ser dos de ellas especialmente destacas: *(i)* si deben tener o no acogida las reiteradas peticiones de suspensión por prejudicialidad civil interesadas por los administradores demandados por los acreedores societarios cuando la sociedad administrada se encuentra inmersa en un procedimiento concursal y *(ii)* qué remedios procesales estarían a disposición del administrador que puede ver cómo, por un lado, él es condenado por la vía del art. 241 TRLSC a satisfacer el daño causado al acreedor que no

pudo cobrar su crédito de la sociedad concursada cuando, finalmente, en el marco de procedimiento concursal el acreedor puede eventualmente cobrar si quiera parcialmente su crédito impagado.

6.1.1 Rechazo a las peticiones de suspensión por prejudicialidad civil *ex* art. 43 LEC

Aun cuando, como hemos podido ya analizar en profundidad, puede considerase superada la controversia existente respecto de la compatibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC encontrándose en tramitación todavía el concurso de acreedores de la sociedad administrada, lo cierto es que, ante la ausencia de un *[más que deseado]* régimen legal que determine cuáles deberían ser las "reglas del juego", son diversos los mecanismos procesales a los que han tratado de acogerse los administradores para tratar de dejar al menos en suspenso la tramitación de los procedimientos iniciados frente a ellos.

Y, en este contexto, de la práctica forense se evidencia que el principal instituto procesal al que han tratado de acudir es al de la prejudicialidad establecida en el art. 43 LEC, vía que, como veremos a continuación, ha sido *[correctamente a nuestro juicio]* rechazada mayoritariamente por nuestros juzgados y tribunales.

(i) Configuración legal de la prejudicialidad civil *ex* art. 43 LEC

Hay prejudicialidad civil, como es sabido, cuando la resolución del proceso requiere la previa resolución de una cuestión que está siendo objeto de otro procedimiento civil distinto (art. 43 de la LEC).

El fundamento de la prejudicialidad civil radica en evitar la simultaneidad de procesos en los que pudieran recaer sentencias disconformes o contradictorias, lo cual resultaría

incompatible con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestro art. 24 CE.

La existencia, por tanto, de una cuestión prejudicial de la que no pueda prescindirse para la debida decisión civil o que condicione directamente esa decisión determinará la suspensión del procedimiento mientras no resuelva el órgano correspondiente.

En tal sentido, recordemos, determina el art. 43 LEC que: *"Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial"*.

Por ello, tal y como vienen determinado nuestros juzgados y tribunales de manera pacífica[544], la prejudicialidad regulada por nuestro legislador en el art. 43 LEC atiende al fenómeno de conexión de procesos, cuando la decisión de uno es base lógico-jurídica necesaria para la resolución del otro. Ello, a su vez, hace que también este instituto procesal atienda al necesario respeto al principio de la seguridad jurídica que debe regir en nuestro Ordenamiento Jurídico por cuanto impide posiciones contradictorias -*v.gr.* sería imposible considerar aceptable mantener simultáneamente la eficacia y la invalidez o el cumplimiento y la resolución del contrato, etc.-. Su proximidad por tanto con la cosa juzgada proviene de las distintas manifestaciones de la prejudicialidad[545].

[544] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 230/2018, de 8 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Alicia Amer Martín) (ECLI: ES:APV:2018:1909).

[545] Así, cuando se trata de prejudiciales homogéneas decididas por otro Juez, o por el mismo a través de acumulación de Autos, se impone la cosa juzgada positiva de la sentencia prejudicial no acumulada y de ella debe partirse para construir el fallo posterior.

Y, precisamente por la importancia que ello tiene, en relación con el momento en que puede alegarse tal excepción, desde cuándo han de apreciarse sus efectos y las consecuencias de no apreciarse, debe significarse que, tal y como ha sido fijado por la doctrina jurisprudencial[546]:

- El art. 43 de la LEC regula el supuesto de la necesidad de que para decidir la cuestión que constituye el objeto del proceso haya de resolverse sobre otra cuestión que es el objeto de otro proceso y que se presenta tan conexa con la cuestión principal del primer proceso que no puede este ser resuelto sin haberse decidido previamente aquel otro.

- Se trata de procesos en los que, no concurriendo la completa identidad subjetiva, objetiva o causal, existe en todo caso una interdependencia esencial entre ambos, de manera que uno vincula aspectos de la decisión del otro, ordenando en tal caso el art. 43 LEC la suspensión del curso de este otro hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento con objeto vinculante; ello siempre que no fuera posible la acumulación de ambos y a petición de parte, decidiéndose mediante auto.

- No debe olvidarse que el art. 43 LEC no determina que la petición de suspensión pueda ser únicamente interesada cuando el pleito que decide la cuestión prejudicial sea anterior en su incoación a aquel del que se pretende la suspensión.

- La prejudicialidad es un instrumento de coordinación entre procesos en trámite para evitar el dictado de resoluciones contradictorias sobre una situación jurídica común y puede alegarse en cualquier momento.

[546] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 239/2010, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Gema Ocariz Azaustre) (AC\2010\2295) (ECLI: ES:APTO:2010:835).

- Deberá tramitarse y, en su caso, admitirse, tan pronto como fuese oportunamente alegada por cualquiera de las partes so pena, en caso contrario, de adolecer todo lo actuado con posterioridad de un vicio de nulidad.

El instituto procesal de la prejudicialidad civil se configura así bajo la premisa de que la dilación de las actuaciones es un mal necesario pero menor, razonable y proporcionado con los efectos que se pretenden, pues de contrario se quebrantaría el más elemental principio de la seguridad jurídica que vertebra nuestro Ordenamiento Jurídico.

(ii) Justificado rechazo de su existencia sobre la única base de la tramitación del procedimiento concursal

Tal y como han tenido ocasión ya de determinar nuestros juzgados y tribunales, aun cuando los administradores societarios, con un enfoque reduccionista, han pretendido acogerse al instituto de la prejudicialidad civil *ex* art. 43 LEC tratando de asociar interesadamente la suspensión del procedimiento instado frente a ellos exigiendo la responsabilidad individual del administrador con la mera necesidad de evitar un cobro por duplicado como puro efecto material del resultado de otro procedimiento[547], lo cierto es que, como veremos, no se cumplen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para ello.

Y es que, en la medida en que, como ya tuvo ocasión de declarar nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 950/2005 de 30 de noviembre[548], cuya doctrina hoy en día sigue vigente y así es aplicada por nuestros juzgados y tribunales menores[549], la

[547] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 54/2020, de 31 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco) (JUR\2020\113525) (ECLI: ES:APM:2020:1516).

[548] Sentencia núm. 950/2005, de 30 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández) (RJ\2006\35).

[549] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 16/2020, de 10 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\96822) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (ECLI: ES:APM:2020:159): *"Se indica por el apelante que la actora no ha ejercitado previamente la vía judicial frente a la mercantil deudora antes de ejercitar la acción individual de responsabilidad.*

prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores no exige, cuando la lesión del interés del acreedor demandante derive de una deuda impagada por parte de la sociedad, de modo indefectible, el presupuesto de la condena al pago a la misma, entendemos que no podría considerarse permitente, al menos como regla general, la suspensión del procedimiento sobre la base de la pendencia del procedimiento concursal de la mercantil administrada.

Y es que no debe olvidarse que, conforme a lo dispuesto en el art. 43 LEC, la existencia de una cuestión prejudicial civil susceptible de causar la suspensión del procedimiento comporta que para resolver sobre el objeto del procedimiento resulte necesaria la resolución previa de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente[550].

De hecho, esta habitualmente interesada suspensión *ex* art. 43 LEC por parte del administrador societario se muestra si cabe más intensa en aquellos supuestos en los que se encuentra pendiente de tramitación la calificación concursal.

Ahora bien, en la medida en que el objeto de enjuiciamiento en la sección de calificación y en la vía societaria *ex* art. 241 TRLSC son distintos sin que, *a priori*, pueda predicarse que existe un solapamiento en el enjuiciamiento de la conducta del administrador -ello no obstante sin perjuicio de que, ante la rica e infinita casuística que nos ofrece la realidad

---

Este argumento no puede aceptarse porque la jurisprudencia no exige el citado requisito para que pueda prosperar la acción. En este sentido la STS núm. 950/2005 de 30 de noviembre señala lo siguiente: "En segundo lugar, y para disipar cualquier sombra de duda de indefensión, la prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores no exige, cuando la lesión del interés del accionante derive de una deuda impagada de la sociedad, de modo indefectible, el presupuesto de la condena al pago de la entidad, por lo que carece de fundamento la prejudicialidad alegada en el motivo".". En el mismo sentido encontramos también la Sentencia núm. 453/2017, de 16 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Luis Antonio Soler Pascual) (JUR\2018\56280) (ECLI: ES:APA:2017:3099).

[550] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 48/2016, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Cristina Sainz Pereda) (JUR\2016\63462) (ECLI: ES:APL:2016:152).

podamos encontrarnos ante algún concreto caso en el que esto sí suceda, lo que obligaría a determinar si en ese concreto supuesto verdaderamente se diesen los requisitos exigidos *ex* art. 43 LEC-, entendemos que difícilmente podría tener cabida la petición de suspensión del procedimiento societario sobre la mera base de la pendencia del procedimiento concursal.

Nótese a este respecto que tal criterio aparece ya nítidamente recogido en reiteradas resoluciones judiciales, siendo un claro ejemplo de ello lo dispuesto en la Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª)[551].

[551] Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual) (AC\2013\1427) (ECLI: ES:APA:2013:1359): "*Sobre si procede suspender el proceso en relación a la acción individual por prejudicialidad civil - art 43 LEC - respecto de la sección de calificación del concurso, cabe señalar (obviando lo que afirma la demandante sobre la actual declaración de fortuito del concurso, dado que no tenemos constancia formal de ello), que si bien es cierto que cualquier decisión que pudiera suponer valorar si órgano de administración de la sociedad concursada pudo haber incidido en la insolvencia de la sociedad, puede constituir una cuestión prejudicial, en el caso, la cuestión no está en determinar si como consecuencia de la conducta del administrador pudo generar o agravar una situación de insolvencia -que por su propia naturaleza es un concepto genérico- sino si como consecuencia actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo pudo causar daños a Carrier, lo que implica el examen de una conducta individualizada en relación a las vinculaciones comerciales con el acreedor, determinantes del impago que constituye para éste, su daño. Pues bien, desde esta perspectiva, afirmar que pudiera existir prejudicialidad civil requeriría afirmar que la declaración sobre responsabilidad concursal constituye una cuestión en necesaria relación, de modo que la decisión en aquella pieza sea ineludible para tomar una resolución en torno al objeto principal de ese otro procedimiento y sin duda no es así pues de hecho, aun cuando tuviéramos la certeza de la declaración de fortuito, en absoluto ello condicionaría la posible estimación de una acción de responsabilidad del administrador respecto del actor en la medida en que la acción de responsabilidad no se fundamenta en la realización de actos por el Sr. Juan María que hubieran podido generar o agravar la situación de insolvencia - art 164 LC - de Mirafret S.A., sino en la circunstancia de si la relación comercial entre ambas sociedades se operaron en estado financiero de la sociedad Mirafret S.A. que le impedía garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con la misma. Por tanto, si bien es cierto que puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal, ámbito por lo demás muy común dada la razón general que se observa en las acciones de responsabilidad por daños, existe sin embargo la suficiente autonomía en aquella acción, dada su especificidad e individualización derivada de la exigencia de la prueba de la relación causal, como para desvincular, al menos en el caso que nos ocupa, una acción, la de responsabilidad por daños del administrador social, de la responsabilidad concursal".*

En el mismo sentido encontramos también la Sentencia núm. *[sic]*/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga[552], en la que se destaca que, en la medida en que las acciones de responsabilidad que puedan instarse se fundamenten, precisamente, en actos de los administradores que hubieran podido generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad concursada, sí que podría existir, como ya ha sido advertido, un cierto riesgo de que, planteada la acción, se apreciase la existencia de una cuestión prejudicial con respecto al objeto de la sección de calificación del concurso.

Ahora bien, como han determinado nuestros juzgados y tribunales, aun cuando es cierto que pueda existir este ámbito coincidente entre la responsabilidad societaria y la concursal -quizás con mayor riesgo de existencia en lo que a la acción individual se refiere- , ello no debería llevarnos a considerar que se cumplen los requisitos de la prejudicialidad civil por cuanto existe la suficiente autonomía en la acción de responsabilidad individual, dada su especificidad e individualización derivada de la exigencia de la prueba de la relación causal, como para desvincularla de la de responsabilidad concursal.

Coincidimos con el criterio jurisprudencial expuesto por cuanto no pude considerase aceptable -al menos con carácter general- la suspensión de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 43 LEC por el simple hecho de que se esté tramitando el concurso de la sociedad deudora ya que, de aceptarse lo contrario, ello

[552] Sentencia núm. *[sic]*/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Jesús del Pilar Márquez) (JUR\2014\262464) (ECLI: ES:JMMA:2014:187): *"En el supuesto de autos no puede ni debe prosperar la suspensión por causa de prejudicialidad civil, ya que la acción de responsabilidad concursal que se ejercita en la sección sexta es una acción tendente a determinar la incidencia de la actuación culposa, negligente o dolosa del administrador en la generación de la situación de insolvencia o en su empeoramiento; es una acción de distinta naturaleza jurídica e independiente de la ejercitada ex art 241 LSC, que es una acción que regula una responsabilidad referida a un negocio jurídico celebrado sólo con las actoras, no con el resto de acreedores del concurso, globalmente considerado. A mayores, es una acción que no comporta un presupuesto necesario para poder resolver la aquí ejercitada".*

supondría obtener por esta vía un efecto que el Texto Refundido de la Ley Concursal (al igual que ya lo hacía su predecesora Ley Concursal) ha excluido.

Por ello en la práctica forense no se acepta la suspensión del procedimiento en el que se ejercita la acción individual de responsabilidad *ex* art. 43 LEC con apoyo en la mera posibilidad de que el acreedor demandante pueda cobrar parte de su crédito en el concurso -lo que no deja de ser la finalidad de todo procedimiento concursal, bien a través del convenio, o en su caso a través de la liquidación-, máxime cuando en todo caso operarían los efectos de la litispendencia *ex* art. 410 LEC, matizados por la eventual terminación del procedimiento por carencia sobrevenida o pérdida del interés, respectivamente, *ex* arts. 22 y 413 LEC[553].

Resulta asimismo clarificadora la Sentencia núm. 13/2018, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) en la que, tras analizarse el distinto objeto de enjuiciamiento de la sección concursal y de la acción individual de responsabilidad de administradores, no solo se rechaza la existencia de cosa juzgada alguna sino que, además, especialmente en lo que respecta a la prejudicialidad civil, con gran nitidez y aun cuando reconoce que la exacta cuantificación del daño sufrido por el acreedor podría depender del final del procedimiento concursal, concluye que *"en la medida que la realidad del daño no depende de la conclusión del concurso, no existe la necesaria vinculación con el presente procesó que constituya fundamento para apreciar la prejudicialidad y que determine su suspensión"* [554].

[553] Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR 2021\17936) (ECLI: ES:APM:2020:5754A).

[554] Sentencia núm. 13/2018, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ginés Gabaldón Codesido) (JUR 2018\246388) (ECLI:ES:APNA:2018:354).

6.2.2 La eventual terminación del procedimiento *ex* arts. 22 y 413 LEC y la, en todo caso, vía de la residual acción por enriquecimiento injusto

En la medida en que, como hemos visto, *(i)* el ejercicio de la acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC por parte del acreedor social extramuros del concurso de la sociedad administrada está permitido, *(ii)* aun cuando el daño cuya reparación se insta coincida con la cuantía del crédito impagado, *(iii)* debe ser rechazada cualquier genérica petición de suspensión *ex* art. 43 LEC del procedimiento judicial en ejercicio de la acción individual en estos casos sobre la mera alegación de que habrá que esperar a que concluya el procedimiento concursal y se determine si el acreedor social ha cobrado o no, al menos parte de su crédito y *(iv)*, debiendo operar asimismo los efectos de la litispendencia por mor de lo dispuesto en el art. 410 LEC al momento de interposición de la demanda, resta analizar qué sucedería si, finalmente, el acreedor social sí que cobra quizás tan solo una parte de su crédito en el seno del procedimiento concursal[555].

Así pues, aun cuando, como vienen considerando nuestros juzgados y tribunales, la propia existencia del daño deba de ser enjuiciada en función de la situación existente al tiempo de interponerse la demanda por ser éste el momento que hace nacer los efectos de la litispendencia por mor de lo dispuesto en el art. 410 LEC, ello en nada obsta a que la eventual satisfacción -total o parcial- del acreedor demandante si este cobrase al menos una parte de su crédito en el seno del procedimiento concursal de la sociedad administrada, tenga impacto en la acción de responsabilidad individual entablada frente al administrador.

[555] Nótese, *v.gr*., que aun cuando inicialmente os bienes y derechos del concursado arrojasen un gran déficit concursal, puede que como consecuencia de acciones de reintegración o de la propia tramitación de la sección de calificación concursal el patrimonio de la concursada se vea resarcido pudiendo afrontar el pago parcial o incluso total de sus acreedores.

Ahora bien, en estos casos la solución a la que podrá acudir el administrador societario dependerá del momento en el que tal circunstancia se produzca.

De esta manera, si ello acontece con carácter previo al dictado de la sentencia, entendemos que ello privaría al acreedor demandante de su legítimo interés a continuar con el procedimiento, al menos en su totalidad si el cobro de su crédito fue tan solo parcial, debiendo desplegar entonces sus efectos lo dispuesto en los arts. 22 LEC, encargado de preceptuar la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenía de objeto, y 413 LEC, encargado de regular la influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo, y ello por cuanto sí que se deberían tener en cuenta en la sentencia a dictar aquellas innovaciones que privasen definitivamente de interés legítimo las pretensiones deducidas en la demanda por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

De esta forma, si después de la interposición de la demanda *ex* art. 241 TRLSC se produce el resarcimiento del acreedor demandante en todo o en parte, ello determina una carencia sobrevenida, total o parcial, del objeto del proceso. Así pues, si estos hechos extintivos se producen antes de recaiga sentencia, el Fallo en todo caso podrá acomodar la condena a la parte pendiente.

Ahora bien, en caso de que ello acontezca después del dictado de la sentencia, pero antes de que se hubiese dado cumplimiento a la misma, esa acomodación entendemos que habría que efectuarse en ejecución de sentencia, pero si, por el contrario, tuviese lugar con posterioridad al cumplimiento -voluntario o forzoso- de la sentencia condenatoria por parte del administrador, éste podría ejercitar la correspondiente acción de enriquecimiento injusto.

Éste es el criterio que, entre otros, se refleja en el ya citado Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª)[556].

Y, en análogos términos se pronuncia, entre otras, la Sentencia núm. 247/2022, de 3 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca[557], en el que se estima una acción de responsabilidad individual *ex* art. 241 TRLSC, considerando el juzgador que ningún impedimento obsta para la continuación del procedimiento alegaciones relativas al riesgo de duplicidad en el cobro por parte del acreedor por cuanto "*cualquier eventual duplicidad en el cobro o pago es posible ser tutelado, entre otros remedios, a través de la institución del enriquecimiento injusto. Y, por tanto, presumiéndose la buena fe en el ejercicio de los derechos nada obsta al actor para poder continuar el presente proceso hasta obtener una sentencia que resuelva sobre lo peticionado".*

En este sentido cabe señalar que, si atendemos a los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para que pueda considerarse que existe un enriquecimiento injusto o sin causa, vemos cómo éstos son resumidos por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), en su Sentencia núm. 728/2015, de 30 diciembre[558], en: *(i)* el empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; *(ii)* el correlativo aumento del patrimonio del demandado; *(iii)* la falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio, y *(iv)* ello teniendo en cuenta,

[556] Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR 2021\17936) (ECLI: ES:APM:2020:5754A): *"Si tales hechos extintivos se producen antes de recaiga sentencia, el Fallo podrá acomodar la condena a la parte pendiente. Si la extinción, total o parcial, se produce después, esa acomodación habrá de efectuarse en ejecución de sentencia. Si con posterioridad a la ejecución de la sentencia frente al administrador, el acreedor cobra su crédito de la sociedad, la parte interesada podrá ejercitar la correspondiente acción de enriquecimiento injusto o cobro indebido".*

[557] Sentencia núm. 247/2022, de 3 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilmo. Víctor Heredia del Real) (JUR\2022\272554) (ECLI:ES:JMIB:2022:7379).

[558] Sentencia núm. 728/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. José Antonio Seijas Quintana) (RJ\2015\5897) (ECLI: ES:TS:2015:5692).

además, como síntesis de los apuntados requisitos, que la noción "sin causa" es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto, pues mediante ella se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, es decir, contrarias a la Ley.

Por tanto, éste sería último remedio procesal para tratar de paliar los efectos que pudiesen derivarse en caso de que el acreedor social, tras haber tenido éxito en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el administrador *ex* art. 241 TRLSC, cobrase total o parcialmente su crédito de la sociedad ya que, en estos casos, ante la ausencia de específica coordinación entre ambos regímenes puede considerarse que nos enfrentamos ante un supuesto de inexistencia de *"normas concretas y preferentes de aplicación"*, esto es, ante la ausencia de *"acciones específicas"* que, como han determinado nuestros juzgados y tribunales, pudiese excluir la posibilidad del ejercicio de la acción por enriquecimiento injusto, tal subsidiaria vía quedaría expedita.

Por tanto, aun cuando no desconocemos el carácter residual o subsidiario que presenta la acción de enriquecimiento injusto coincidimos con el criterio jurisprudencial *ut supra* expuesto al ser posible su ejercicio por la inexistencia de acciones específicas a las que pudiese acogerse el administrador societario en estos supuestos; acciones específicas que, recordemos, además deben estar expresamente previstas en la ley cosa que, insistimos, no sucede ante la falta de una expresa coordinación legal entre ambos regímenes[559].

[559] *Vid*., en tal sentido, entre otras, la Sentencia núm. 165/2015, de 8 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Arroyo).

6.2 EL EVENTUAL ÉXITO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES *EX* ART. 241 TRLSC Y SU IMPACTO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES EN TRAMITACIÓN

6.2.1 Hechos declarados probados en la acción individual de responsabilidad de administradores

Como ya tuvimos ocasión de analizar *ut supra* con motivo de los efectos reflejos que se pueden derivar en el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas de la previa tramitación de la sección de calificación del concurso de acreedores respecto de la sociedad administrada, existe una corriente jurisprudencial que aboga por considerar que lo declarado probado en la pieza de calificación sí que tiene un impacto en la eventual tramitación de acciones de responsabilidad de administradores, siendo un claro ejemplo de ello la ya referida Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz[560] en la que se afirma, respecto de la responsabilidad societaria que se "*debe tenerse en cuenta lo sucedido en la previa sección de calificación, por cuanto de determinase que éste fue fortuito, se desplegarían "los efectos positivos de la institución de la cosa juzgada para procedimientos ulteriores", ye y ello por cuanto, "dicha declaración, firme en Derecho, excluye cualquier clase de dolo o culpa del administrador en la generación o agravación del estado de insolvencia, origen o causa, en definitiva, de las acciones que aquí se ejercitan";* argumento éste que, como ya apuntamos, podría ser susceptible de un claro encaje en lo que respecta a la acción individual en determinados supuestos.

Ahora bien, cabe también plantearse este eventual trasvase de los efectos positivos de la cosa juzgada material *ex* art. 222 LEC de la previa tramitación de un procedimiento en el que se haya ejercitado la acción individual de responsabilidad del administrador *ex* art.

[560] Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) (JUR 2017\104801) (ECLI:ES:APBA:2017:238).

241 TRLSC a la posterior tramitación de la sección de calificación de su sociedad administrada.

Así pues, recordemos, preceptúa el art. 222.4 LEC que *"lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".*

En tal sentido, tal y como ha tenido ocasión ya de significar nuestro más Alto Tribunal[561], debe tenerse en cuenta que la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada, quedando vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido.

Este efecto que se produce *ex* art. 222.4 LEC despliega sus efectos sin que sea necesario que concurran las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualesquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior, ya que en última instancia la finalidad perseguida es evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior.

Pues bien, teniendo ello presente y, sin olvidar que la LEC es de aplicación supletoria en el procedimiento concursal *ex* art. 521 TLRC, a la vista del nuevo rol mucho más

[561] *Vid*., entre otras, la Sentencia núm. 117/2015, de 5 de marzo, dictad por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller) (RJ\2015\717) (ECLI: ES:TS:2015:685).

protagonista otorgado a los acreedores en la sección de calificación con motivo de la ya analizada reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aun cuando todavía no contamos con claros precedentes que aborden esta cuestión sin duda, a nuestro judicio, debe ser tenido en cuenta el eventual efecto positivo que *ex* art. 222.4 LEC pudiese pretenderse extender de aquello que se declaró probado en un previo procedimiento en el que se ejercitó la acción de responsabilidad individual de administradores a la sección de calificación concursal.

Así pues, y aun cuando como hemos venido analizando en el presente trabajo las conductas del administrador que deben ser objeto de enjuiciamiento en sede de calificación concursal y en sede de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC, como regla general, no serían coincidentes, ello no obsta a que, como ha sido ya apuntado, puedan existir por la infinita casuística que nos ofrece la realidad societaria conductas del administrador que muestren un cierto solapamiento lo que, al menos en el plano teórico, deja abierta la posibilidad que aquí ha sido apuntada.

6.2.2 El *[controvertido]* crédito del administrador que podría nacería frente a la concursada y su eventual calificación en el concurso

Llegados a este punto consideramos necesario concluir nuestro análisis haciendo al menos una sucinta referencia a la controversia que parece existir en torno a si, tras el éxito del ejercicio de una acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLC por un acreedor social reclamando como daño el impago de la sociedad de su crédito -lo que, como hemos visto, solo se podría dar en excepcionales ocasiones en las que dicho crédito se hubiese generado mediando un plus de reprobabilidad en la actuación del administrador- en paralelo a la tramitación del concurso de acreedores de la sociedad administrada, ello tiene un impacto en la lista definitiva de acreedores a fin de reconocerle, en su caso, un crédito a favor del administrador que hizo frente al pago al acreedor de su condena.

Para resolver tal cuestión a la vista de lo dispuesto en los arts. 308 y ss. TRLC, se ha planteado la posibilidad de que ello pueda dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el art. 310.2.3º TRLC, el cual, recordemos, preceptúa que *"en caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado"*.

De aceptarse este planteamiento -*quad non,* como veremos, a nuestro juicio-, el administrador sustituiría al acreedor que frente a él interpuso con éxito una acción de responsabilidad individual, inicialmente reconocido en la lista definitiva de acreedores, ello no obstante con la clasificación del crédito como subordinado.

Tal planteamiento, sin embargo, ha sido ya rechazado, pudiendo significarse aquí, entre otras, las reflexiones que al respecto realiza LEFORT RUIZ DE AGUIAR, N., 2022[562] al considerarlo improcedente por cuanto de la propia literalidad se desprende que solo afecta al deudor solidario que lo sea por fianza o aval y, en estos supuestos, no podría considerarse incluido al administrador que paga la deuda de la concursada por causas distintas a ellas ya que, en la medida en que tal previsión se configura como una norma limitativa de derechos, no resultaría procedente interpretarla de forma extensiva.

Ante tal escenario, la alternativa propuesta de solución que plantea LEFORT RUIZ DE AGUIAR, N. pasa por considerar que se produciría una sustitución del acreedor por parte del administrador en la medida en que aquel ha visto satisfecho su crédito -ello total o parcialmente, en la medida que correspondiese a la vista del contenido de la previa

[562] LEFORT RUIZ DE AGUIAR, N., "Responsabilidad de administradores y concurso de acreedores, necesaria coordinación con la pieza de calificación", *cit.*, pp. 50-51, refiere la Magistrada respecto de la posibilidad o no de subordinar el crédito del administrador en virtud de lo dispuesto en el art. 310.3º del TRLC lo siguiente *"En mi opinión, no procede la aplicación del precepto que se refiere al deudor solidario que lo sea por fianza o aval, no a quien paga la deuda de la concursada por otras causas, sin que, siendo una norma limitativa de derechos, quepa interpretarla de forma extensiva. Entiendo que el administrador sustituye al acreedor que ha visto satisfecho en todo o en parte su crédito y en la medida en corresponda, con la misma clasificación que tenía o mantiene parcialmente el acreedor".*

sentencia condenatoria en el marco de la acción de responsabilidad individual con éxito ejercitada-, y ello además con la misma clasificación que correspondía al acreedor.

Ahora bien, en nuestra humilde opinión, tampoco este planteamiento estaría exento de objeciones por cuanto, recodemos, la condena que habrá satisfecho el administrador en el previo procedimiento de responsabilidad de administradores lo sería en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios (aun cuando cuantitativamente este daño en determinadas ocasiones pueda cuantificarse atendiendo a la cuantía del crédito impagado), por lo que quizás el remedio procesal no pase por considerar que debe llevarse a cabo una sustitución de la posición del acreedor por parte del administrador.

Y es que, recordemos, como ya ha sido apuntado *ut supra* en el Capítulo Primero del presente trabajo, uno de los motivos que sustentaron la tesis que apoyaba la compatibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores con la situación concursal de la empresa administrada radicaba, precisamente, en esta diferente naturaleza de la condena impuesta al administrador *ex* art. 241 TRLC.

Debe por tanto tenerse presente que, aun en aquellos supuestos en los que sí se determine judicialmente la responsabilidad del administrador frente al acreedor societario *ex* art. 241 TRLSC, ello en nada afecta a que la deudora por el concreto impago del acreedor siga siendo la propia sociedad ya que la eventual condena que pueda sufrir en estos supuestos el administrador no tendrá como causa la conversión de la obligación incumplida por la sociedad en una obligación solidaria de la que deba responder también el administrador, pues el fundamento de la condena es el de la indemnización de la que será responsable el administrador por los concretos daños y perjuicios que su reprobable conducta, ya sea dolosa ya sea incluso meramente culposa o negligente, le haya generado al acreedor.

Tal distinción que, como ya destacamos, no es ni mucho menos baladí, tiene su impacto en última instancia a la hora de rechazar una eventual modificación de la lista definitiva

de acreedores de la sociedad administrada; máxime cuando, como hemos visto, el administrador dispone de remedios procesales para verse resarcido en aquellos supuestos en los que, finalmente, el acreedor social pueda cobrar en el seno del concurso total o parcialmente su crédito -lo que, por definición, supondría su mantenimiento en el listado de acreedores-, acudiendo para ello a los arts. 22, 413, 556 y ss. LEC o, incluso, acudiendo a la vía residual de la posterior acción del enriquecimiento injusto[563].

Por todo ello, no podemos más que volver a insistir en que sería necesaria o, cuanto menos recomendable la positivización de reglas que permitan una completa coordinación entre los regímenes societarios y concursal de responsabilidad de administradores, tal y como además viene siendo objeto de profuso análisis por nuestra doctrina[564].

[563] *Vid*., entre otros, el Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR 2021\17936) (ECLI: ES:APM:2020:5754A) y la Sentencia núm. 247/2022, de 3 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilmo. Víctor Heredia del Real) (JUR\2022\272554) (ECLI:ES:JMIB:2022:7379)

[564] *Vid.*, entre otros, MORALES BARCELÓ, J., «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español», *cit*., pp. 3-19 y [564] LEFORT RUIZ DE AGUIAR, N., "Responsabilidad de administradores y concurso de acreedores, necesaria coordinación con la pieza de calificación", *cit.*, pp. 48-52.

– CONCLUSIONES –

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

-I-

La acción individual de responsabilidad de responsabilidad de administradores ha sido definida por la más moderna doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como una acción autónoma, con carácter directo y principal, no subsidiaria, que el art. 241 TRLSC otorga a socios y terceros para recomponer su patrimonio particular cuando éste se ve afectado directamente por los actos realizados dolosa o negligentemente por los administradores sociales en el desempeño de su cargo.

-II-

Se debe rechazar cualquier automatismo que pretenda negar de un modo taxativo y sin excepciones la legitimación activa de la que podrían gozar los acreedores sociales para dirigirse frente al administrador societario *ex* art. 241 TRLCS, en su condición de "terceros", cuando la sociedad deudora administrada no cumple con sus obligaciones produciéndose el impago del acreedor; lo que no obsta a que, como regla general, el acreedor social que ha sufrido un mero impago sin mediar como causante del mismo una conducta especialmente reprobable del administrador, no pueda acogerse con éxito a esta vía para tratar de repercutir el impago social al patrimonio del administrador.

-III-

Esta legitimación activa que, en la teoría o en plano abstracto, se reconoce a los acreedores societarios para el ejercicio de la acción individual pasa porque, en la práctica, en su ejercicio se consideren acreditados los requisitos que cumulativamente se exigen tanto legal como jurisprudencialmente, los cuales pueden quedar resumidos como sigue: *(i)* que se produzca un comportamiento activo o pasivo del administrador, *(ii)* que este comportamiento lo lleve a cabo el administrador en el ejercicio de sus funciones, *(iii)* que esta conducta sea antijurídica, esto es, que sea una conducta que infrinja la Ley, los

estatutos sociales o que no se ajuste al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal, *(iv)* que la conducta antijurídica -bastando que pueda ser calificada como meramente culposa o negligente- sea susceptible de producir un daño, *(v)* que el daño que se infiera sea directo al tercero (acreedor) que ejercita la acción, sin necesidad de que se lesionen los intereses de la sociedad y *(vi)* que exista una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño ocasionado al tercero (acreedor).

-IV-

Pese al intenso debate generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia especialmente avivado con motivo del inicio de la gran crisis económica en la que nos vimos inmersos en el año 2009, hoy en día ninguna duda puede albergarse de que, con la actual regulación, pese al *[reiterado y mantenido]* silencio en nuestro Derecho de insolvencias por el que viene optando el legislador español desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a la hora de determinar si el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador *ex* art. 241 TRLSC es compatible con la situación concursal de la sociedad administrada -ejercicio, además, extramuros del procedimiento concursal-, no existe impedimento alguno para ello.

-V-

La acción individual de responsabilidad de administradores y la responsabilidad societaria presentan regímenes claramente diferenciados y compatibles por cuanto se dirigen a enjuiciar y proteger intereses distintos, pudiendo resumirse sucintamente los argumentos jurídicos que subyacen a la compatibilidad de su ejercicio por el acreedor social con la situación concursal de la deudora como sigue:

(i) La sección de calificación del concurso y la acción individual de responsabilidad social enjuician cosas distintas: *(a)* la primera se dirige a

determinar si el comportamiento del administrador contribuyó a generar o agravar la insolvencia de la compañía y *(b)* la segunda, a enjuiciar si hubo o no un comportamiento antijurídico del administrador en la específica generación del crédito que ostenta el acreedor, esto es, si ha existido o no ese plus de reprobabilidad en la concreta actuación del administrador frente a ese acreedor.

(ii) La acción individual de responsabilidad se dirige contra el patrimonio del administrador y, por ende, contra un patrimonio ajeno al de la concursada que, en modo alguno, está sujeto a la regla de la *par conditio creditorum*.

(iii) En todo caso, si verdaderamente existe un riesgo de vaciamiento del patrimonio del administrador que pueda ser afectado por la sección de calificación, el legislador ha configurado un específico mecanismo para evitar cualquier tipo de pernicioso efecto que ello pudiese suponer para el procedimiento concursal por la vía del embargo cautelar de sus bienes *ex* actual art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC y antiguo art. 48.3 LC).

-VI-

Ahora bien, aun cuando el objeto de enjuiciamiento en la sección de calificación y en la vía societaria *ex* art. 241 TRLSC son distintos sin que, *a priori*, pueda predicarse que existe un solapamiento general en el enjuiciamiento de la conducta del administrador, ello no obsta a que, ante la rica e infinita casuística que nos ofrece la realidad, podamos encontrarnos ante supuestos en los que esto sí suceda, lo que convierte en necesario o, cuanto menos, recomendable, llevar a cabo una reforma legal que positivice una completa coordinación entre los regímenes societario y concursal de responsabilidad de administradores; máxime cuando, a día de hoy, todavía existe controversia respecto de algunos de los efectos jurídicos procesales que se derivan de su simultánea tramitación.

-VII-

Probablemente por esta compatibilidad cada una de las crisis económicas a las que nos hemos enfrentado en las últimas décadas ha supuesto un nuevo resurgir de la acción individual de responsabilidad de administradores por la ansiada búsqueda por parte de los acreedores sociales de empresas que devienen en situación de insolvencia de un patrimonio alternativo (o adicional) frente al que dirigirse tras ver impagados sus créditos por la sociedad y, la crisis económica mundial sufrida como consecuencia de la pandemia del COVID-19, no fue una excepción.

Nótese, además, que en esta ocasión el acreedor social se enfrentaba a un nuevo aliciente -si se nos permite la expresión- para acudir al planteamiento de esta acción ya que las moratorias concursales y societarias que fueron acordadas pusieron en foco de nuevo en la acción individual de responsabilidad de acreedores ante la prohibición temporal de poder acudir a "estas suspendidas vías".

-VIII-

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el daño sufrido por el acreedor se equipare con el crédito impagado por la sociedad, para que pueda considerarse cumplida la acreditación de la existencia de un daño directo (que no meramente reflejo o indirecto) deben concurrir circunstancias muy excepcionales y cualificadas en la particular actuación del administrador frente al concreto acreedor impagado.

Por ello, el eventual éxito de la acción ejercitada por el acreedor *ex* art. 241 TRLSC pasará por acreditar, entre otros extremos, la existencia de ese plus de reprobabilidad de su actuación orgánica frente al particular acreedor demandante ya que, de lo contrario, correríamos el riesgo de atribuir con cierto automatismo a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía cuando, realmente, esto no parece corresponderse con la *mens legis*, ya que ello

supondría *(i)* vulnerar los principios fundamentales de las sociedades de capital en los que se encuentra la personalidad jurídica de la sociedad y su autonomía patrimonial y exclusiva responsabilidad por las deudas sociales y *(ii)* quebrantar el principio de relatividad de los contratos consagrado en muestro art. 1.257 CC.

-IX-

En aquellos supuestos en los que se pueda considerar que sí ha existido un plus de reprobabilidad susceptible de ser objeto de especial reproche por parte de la concreta actuación (u omisión) dolosa o culposa llevada a cabo por el administrador societario respecto de la relación que ha dado lugar al impago de la deuda por la sociedad a su acreedor (*v.gr.* que el nacimiento del crédito el administrador hubiese actuado con una conducta antijurídica especialmente reprobable sin la cual éste no habría nacido), la acción de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC sí que debe considerarse como una herramienta de protección del acreedor de sociedades de capital.

Ahora bien, para considerar acreditada la concurrencia de estos requisitos, en atención a lo dispuesto en el art. 217.7 LEC, el juzgador deberá atender al principio de facilidad probatoria, consecuencia de lo cual la acción podrá ser estimada en aquellos supuestos en los que la parte actora efectúe lo que nuestro más Alto Tribunal califica como *"esfuerzo argumentativo"* en su paradigmática Sentencia núm. 472/2016, de 16 de julio, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ofreciendo un relato razonable y, por su parte, el administrador demandado no aporte prueba suficiente para desvirtuar los argumentos en los que se sustente la acción individual contra él ejercitada, pese a poder disponer con mayor facilidad de ella.

-X-

A la vista de la actual configuración legal y jurisprudencial que presenta la acción individual de responsabilidad de administradores *ex* art. 241 TRLSC, ésta sí debe

considerarse una potencial herramienta de los acreedores de sociedades de capital que se encuentren en graves dificultades económicas que impidan en cobro de la deuda.

Nótese no obstante que, aun cuando la casuística de supuestos que en el plano teórico pueden ser enjuiciados bajo su esta figura puede ser infinita -*v.gr*. falta de depósito de cuentas anuales que hubiesen privado de información relevante al acreedor al tiempo de contraer la deuda, incumplimiento grave de los deberes de llevanza de la contabilidad que provoquen una falsa sensación de solvencia de la sociedad frente al acreedor, falta de suscripción de seguros obligatorios como sucede respecto del deber legalmente impuesto al promotor que recibe dinero a cuenta del precio de un inmueble en construcción, etc.- un repaso a la práctica forense evidencia que son dos los principales supuestos que, *a priori*, podrían tener un mejor encaje: *(i)* los impagos que deriven de deuda contraída por el administrador en nombre de la sociedad en una situación de crisis irreversible que, además, es ocultada al tercero y *(ii)* los supuestos de cierre de facto de la sociedad.

-XI-

A nuestro juicio, debe tenerse presente que, aun en aquellos supuestos en los que sí se pueda acreditar conforme a las reglas de la carga de la prueba que la antijurídica actuación llevada a cabo por el administrador es susceptible de provocar su responsabilidad frente al acreedor societario *ex* art. 241 TRLSC, ello en nada afecta a que la deudora por el concreto impago del acreedor siga siendo la propia sociedad ya que la eventual condena que pueda sufrir en estos supuestos el administrador no tendrá como causa la conversión de la obligación incumplida por la sociedad en una obligación solidaria de la que deba responder también el administrador, ya que el fundamento de la condena es el de la indemnización de la que será responsable el administrador por los concretos daños y perjuicios que su reprobable conducta, ya sea dolosa ya sea incluso meramente culposa o negligente, le haya generado al acreedor.

Tal distinción no es ni mucho menos baladí ya que, a nuestro juicio -aun siendo una cuestión controvertida- tiene su impacto en última instancia a la hora de rechazar una eventual modificación de la lista definitiva de acreedores de la sociedad administrada en casos de que esta acción individual extramuros del concurso ejercitada tenga éxito; máxime cuando, como hemos visto, el administrador dispone de remedios procesales para verse resarcido en aquellos supuestos en los que, finalmente, el acreedor social pueda cobrar en el seno del concurso total o parcialmente su crédito, acudiendo para ello a los arts. 22, 413, 556 y ss. LEC o, incluso, acudiendo a la vía residual de la posterior acción del enriquecimiento injusto.

-XII-

Aun cuando próximamente podremos conocer cuál será la doctrina que fijará nuestro Tribunal Supremo respecto de la endurecida controversia que actualmente existe en nuestros juzgados y tribunales menores respecto de la posibilidad de extender -o no- a la persona física designa por la persona jurídica nombrada como administradora el duro régimen de responsabilidad concursal acudiendo a la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLSC a la sección de culpabilidad concursal ante la omisión de tal posibilidad *ex* art. 455 TRLC -extensión que, a nuestro juicio, no debería producirse sin mediar una reforma legal al efecto-, lo cierto es que, a día de hoy, la única vía incontrovertida que se encuentra a disposición del acreedor social de una sociedad insolvente incursa en un procedimiento concursal para verse resarcido a través del patrimonio de la persona física designada recae en la acción de responsabilidad individual del art. 241 TRLSC.

Esta vía por tanto para dirigirse frente a la persona física designada por la persona jurídica administradora no obstante solo sería posible en aquellos supuestos en los que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos al efecto y, por ende, haya existido un plus de reprobabililidad en su actuación ya sea por parte del administrador persona jurídica designada actuando a través de la persona física designada bajo sus instrucciones, ya sea cuando esta última haya actuado aun cuando dentro de sus funciones

orgánicas pero al margen de las posibles instrucciones recibidas por cuanto en el ámbito societario sí se regula la responsabilidad solidaria entre ambos *ex* art. 236.5 TRLSC.

-XIII-

Por contraposición, en el ámbito del enjuiciamiento de las actuaciones llevadas a cabo por el administrador social en el marco de la mera probabilidad de insolvencia sí que existe una cuanto menos dudosa protección del acreedor social con motivo de la *[errónea]* traducción de lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019, 1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), dedicado a regular las obligaciones de los administradores sociales -y, por ende, también de su trasposición a nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal,-, por cuanto éstas se han limitado a recoger las obligaciones para supuestos de insolvencia inminente y no a la auténtica traducción de *likelihood of insolvency* (probabilidad de insolvencia)

-XIV-

En caso de querer reforzar la protección del acreedor en situación de probabilidad de insolvencia de su deudor -lo que, a nuestro juicio, sería recomendable-, la primera de las reflexiones que deberá abordar nuestro legislador será la de determinar qué concretos parámetros dotados de la suficiente objetividad podrán determinar si la sociedad deudora se encuentra o no en esta situación de probabilidad de insolvencia.

La tarea no es baladí, ni tampoco sencilla, pero de lo contrario consideramos que no podría iniciarse un camino cuyo final fuese un régimen sancionador que se sustentase meramente en conceptos jurídicos indeterminados.

Quizás una posible solución podría pasar por tratar de establecer un sistema basado en una suerte de catálogo de "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia" similar, aunque lógicamente adaptado, al que ya se establecen en el art. 2.4 TRLC como requisito para que la solicitud de declaración de concurso pueda ser presentada por cualquier acreedor.

En este posible escenario, el debate sin duda estará *(i)* por un lado, en la determinación de estos "hechos reveladores de la situación de probabilidad de insolvencia", para lo que podrían ser de utilidad las herramientas de alerta propuestas por la propia Directiva (UE) 2019/1023, destacando especialmente a estos efectos el *Early Warning System, (ii)* el horizonte temporal que tendrá que tenerse en cuenta para aplicar estas herramientas y *(iii)* la protección que, en su caso, podría derivarse de la discrecionalidad empresarial *ex* art. 226 TRLSC.

-XV-

Compartimos la opinión de voces autorizadas de nuestra doctrina y nos unimos a la petición de que, para garantizar la protección del acreedor social en el estadio de la probabilidad de insolvencia, se lleve a cabo una reforma del régimen de responsabilidad societario de los administradores, proponiéndose la modificación del art. 225 TRLSC para recoger lo dispuesto, en su correcta traducción, en el art. 19 Directiva, exigiendo así al administrador social que, en aquellos supuestos de probabilidad de insolvencia, éstos no solo deberán atender al interés de la empresa sino que también en dicho estadio *(a)* deberán tener en cuenta los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados, *(b)* tomar medidas para evitar la insolvencia y *(c)* evitar conductas dolosas o gravemente negligentes que pongan en peligro la viabilidad de la empresa; lo que podría dar cabida a una responsabilidad del órgano de administración *ex* art. 241 TRLSC vía acción individual de responsabilidad del administrador.

Con esta posible reforma, sin duda, se daría un gran paso en la protección de los acreedores de las empresas que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia, pero incluso se podría ir más allá y tipificar específicamente determinadas

actuaciones u omisiones por parte del órgano de administración social que pudiesen dar lugar a su responsabilidad en estos casos, ya que hay determinadas conductas antijurídicas relevantes (por acción u omisión) llevadas a cabo por el órgano social de administración en esta fase pre-concursal en el que la sociedad se encuentra en mero estado de probabilidad de insolvencia que deberían dar lugar a su responsabilidad tales como, *(i)* la ausencia de implementación en la sociedad de los medios necesarios para el diagnóstico temprano de la situación de probabilidad de insolvencia y cuando, estando ya en fase de probabilidad de insolvencia, *(ii)* que no se adopten los planes y decisiones necesarias para evitar entrar en fase de insolvencia inminente o incluso actual y *(iii)* que se lleven a cabo actuaciones que puedan ser calificadas como manifiestas desviaciones de la actuación conservativa del valor de la empresa y/o contrarias a su viabilidad y continuidad empresarial.

-XVI-

En cualquier caso, sea por la vía de la tipificación de estas conductas, sea por la vía de la aplicación jurisprudencial del nuevo deber de diligencia de los administradores a recoger tras una reforma del art. 225 TRLSC en la línea que acaba de ser expuesta *ut supra* (esto es, incluyendo expresamente en él lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 en su versión inglesa, esto es, entendiendo que todos los extremos en él recogidos deben resultar de aplicación en los supuestos de *likelihood of insolvency* o probabilidad de insolvencia), se ofrecería al acreedor social una *[nueva]* herramienta directa de protección para poder accionar frente a los administradores de sociedades que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia.

RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia núm. C-47/2014 (Holterman Ferho Exploitatie y otros), de 10 de septiembre de 2015, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), (TJCE\2015\387) (ECLI: EU:C:2015:574).
- Sentencia núm. C-147/2012 (ÖFAB), de 18 de julio de 2013, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) (TJCE\2013\240) (ECLI: EU:C:2013:490).

2. SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).
- Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2016\1493) (ECLI: ES:TS:2016:1647).
- Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256).
- Sentencia núm. 539/2012, de 10 de septiembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2013\1605) (ECLI: ES:TS:2012:7528).

3. SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 1492/2024, de 11 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\432174) (ECLI:ES:TS:2024:5503).
- Sentencia núm. 275/2024, de 27 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (JUR 2024\70706) (ECLI: ES:TS:2024:1002).
- Sentencia núm. 217/2024, de 20 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR 2024\62950) (ECLI:ES:TS:2024:828).

- Sentencia núm. 586/2023, de 21 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2023\2636) (ECLI: ES:TS:2023:1721).
- Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) (RJ 2023\2362) (ECLI:ES:TS:2023:1290).
- Sentencia núm. 777/2022, de 16 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2022\5321) (ECLI: ES:TS:2022:4233).
- Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).
- Sentencia núm. 213/2020, de 29 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\1512) (ECLI: ES:TS:2020:1514).
- Sentencia núm. 212/2020, de 29 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\1344) (ECLI: ES:TS:2020:1454).
- Sentencia núm. 202/2020, de 28 de mayo, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\1520) (ECLI: ES:TS:2020:1453).
- Sentencia núm. 601/2019, de 8 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2019\4592) (ECLI: ES:TS:2019:3526):
- Sentencia núm. 612/2019, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2019\4644) (ECLI:ES:TS:2019:3626).
- Sentencia núm. 420/2019, de 15 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2019\2808) (ECLI: ES:TS:2019:2387).
- Sentencia núm. 135/2019, de 6 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2019\729) (ECLI: ES:TS:2019:711).
- Sentencia núm. 716/2018, de 19 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2018\5542) (ECLI: ECLI:ES:TS:2018:4326).
- Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2018\788) (ECLI: ES:TS:2018:716).
- Sentencia núm. 14/2018, de 12 de enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2018\21) (ECLI: ES:TS:2018:66).

- Sentencia núm. 693/2017 de 20 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2017\5784) (ECLI:ES:TS:2017:4656).
- Sentencia núm. 656/2017, de 1 de diciembre de 2017, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\5137) (ECLI: ES:TS:2017:4267).
- Sentencia núm. 281/2017, de 10 mayo, dictada por Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\2190) (ECLI:ES:TS:2017:1859).
- Sentencia núm. 203/2017, de 29 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\1649) (ECLI: ES:TS:2017:1217).
- Sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\3561) (ECLI: ES:TS:2016:3452).
- Sentencia núm. 389/2016, de 8 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\2340) (ECLI: ES:TS:2016:2629).
- Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781).
- Sentencia núm. 253/2016, de 18 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2016, 1342) (ECLI: ES:TS:2016:1650).
- Sentencia núm. 131/2016, de 3 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2016\801) (ECLI:ES:TS:2016:959).
- Sentencia núm. 728/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\5897) (ECLI: ES:TS:2015:5692).
- Sentencia núm. 421/2015, de 22 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\3512) (ECLI: ES:TS:2015:3442).
- Sentencia núm. 343/2015, de 5 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\2508) (ECLI: ES:TS:2015:2970).
- Sentencia núm. 185/2015, de 10 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\1517) (ECLI: ES:TS:2015:1409).
- Sentencia núm. 732/2014, de 26 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR 2015\54779) (ECLI:ES:TS:2014:5724).

- Sentencia núm. 237/2014, de 22 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2014\6885) (ECLI: ES:TS:2014:5721).
- Sentencia núm. 242/2014 de 23 mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2014\2943) (ECLI:ES:TS:2014:2037).
- Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2014\2159) (ECLI:ES:TS:2014:1368).
- Sentencia núm. 733/2013, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2014\1835) (ECLI:ES:TS:2013:6634).
- Sentencia núm. 585/2013, de 14 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2013\6948) (ECLI: ES:TS:2013:4932).
- Sentencia núm. 409/2013, de 20 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2013\4378) (ECLI:ES:TS:2013:3447).
- Sentencia núm. 396/2013, de 20 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2013\5187) (ECLI:ES:TS:2013:3605).
- Sentencia núm. 315/2013, de 23 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), (RJ\2013\3707) (ECLI: ES:TS:2013:2742).
- Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2013\2405) (ECLI: ES:TS:2012:9191).
- Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2013\1614) (ECLI: ES:TS:2012:9182).
- Sentencia núm. 501/2012, de 16 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\9330) (ECLI:ES:TS:2012:5172).
- Sentencia núm. 391/2012, de 25 junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\8853) (ECLI:ES:TS:2012:5815).
- Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\4981) (ECLI:ES:TS:2012:1686).
- Sentencia núm. 919/2011, de 23 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\1895) (ECLI:ES:TS:2011:9212).

- Sentencia núm. 889/2011, de 19 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\297) (ECLI:ES:TS:2011:8993).
- Sentencia núm. 614/2011, de 17 noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\3368) (ECLI:ES:TS:2011:8004).
- Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838).
- Sentencia núm. 662/2011, de 4 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\759) (ECLI:ES:TS:2011:7170).
- Sentencia núm. 669/2011, de 4 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2011\7388) (ECLI:ES:TS:2011:6094).
- Sentencia núm. 173/2011, de 17 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2011\2880) (ECLI:ES:TS:2011:1851).
- Sentencia núm. 184/2011, de 11 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2011\2888) (ECLI: ES:TS:2011:1492).
- Sentencia núm. 670/2010, de 4 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2010, 8868) (ECLI:ES:TS:2010:7568).
- Sentencia núm. 312/2010, de 1 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2010, 2663) (ECLI:ES:TS:2010:3541).
- Sentencia núm. 274/2010, de 5 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2010\5025) (ECLI: ES:TS:2010:2884).
- Sentencia núm. 43/2010 de 12 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2010\533) (ECLI:ES:TS:2010:462).
- Sentencia núm. 133/2010, de 9 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2010\3789) (ECLI:ES:TS:2010:1862).
- Sentencia núm. 667/2009, de 23 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2009\7272) (ECLI:ES:TS:2009:6295).
- Sentencia núm. 794/2008, de 29 julio, dictada por Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2008\4634).

- Sentencia núm. 85/2008, de 14 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2008\2926) (ECLI:ES:TS:2006:735).
- Sentencia núm. 55/2008, de 8 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2008\2664) (ECLI:ES:TS:2008:1709).
- Sentencia núm. 1076/2007, de 8 octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2007\6806) (ECLI:ES:TS:2007:6169).
- Sentencia núm. 118/2006, de 16 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2006\2934).
- Sentencia núm. 276/2006, de 17 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ/2006/5637) (ECLI:ES:TS:2006:1569).
- Sentencia núm. 950/2005, de 30 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2006\35).
- Sentencia núm. 87/2004, de 16 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2004\648) (ECLI:ES:TS:2004:986).
- Sentencia núm. 1311/2002, de 30 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2003\332).
- Sentencia núm. 749/2001 de 20 julio dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2001\6863) (ECLI:ES:TS:2001:6416).

4. AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Auto de 14 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A).
- Auto de 6 de abril de 2010, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2010\131488) (ECLI: ES:TS:2010:4055A).
- Auto de 10 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2009\482226) (ECLI: ES:TS:2009:15365A).

5. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia núm. 610/2024, de 14 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) (ECLI:ES:APT:2024:1681).
- Sentencia núm. 499/2024, de 2 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR\2024\403296) (ECLI:ES:APOU:2024:717).
- Sentencia núm. 297/2024, de 31 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (JUR\2024\282468) (ECLI:ES:APA:2024:991).
- Sentencia núm. 480/2024, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) (JUR\2024\259220) (ECLI: ES:APCO:2024:537).
- Sentencia núm. 194/2024, de 1 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (JUR\2024\183786) (ECLI: ES:APC:2024:1041).
- Sentencia núm. 199/2024, de 18 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) (JUR 2024\137702) (ECLI:ES:APS:2024:399).
- Sentencia núm. 193/2024, de 14 marzo, dictada por Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR 2024\149726) (ECLI:ES:APOU:2024:209).
- Sentencia núm. 80/2024, de 29 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR 2024\127859) (ECLI:ES:APM:2024:2439).
- Sentencia núm. 253/2024, de 29 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2024\149691) (ECLI:ES:APMU:2024:616).
- Sentencia núm. 204/2024, de 22 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (JUR\2024\147708) (ECLI: ES:APCA:2024:378).
- Sentencia núm. 106/2024, de 14 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2ª) (JUR 2024\156093) (ECLI:ES:APH:2024:156).
- Sentencia núm. 75/2024 de 12 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) (JUR 2024\122255) (ECLI:ES:APGU:2024:87).
- Sentencia núm. 13/2024, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2024\87181) (ECLI: ES:APB:2024:311).

- Sentencia núm. 59/2024, de 21 diciembre de 2023, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2024\102541) (ECLI:ES:APMU:2023:3262).
- Sentencia núm.792/2023, de 28 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) (JUR\2024\74692) (ECLI:ES:APIB:2023:3165).
- Sentencia núm. 549/2023, de 3 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR\2023\439286) (ECLI: ES:APO:2023:3147).
- Sentencia núm. 1359/2023, de 11 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR\2024\68176) (ECLI: ES:APMA:2023:3026).
- Sentencia núm. 514/2023, de 14 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2023\358186) (ECLI:ES:APM:2023:12791).
- Sentencia núm. 501/2023, de 7 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2023\357658) (ECLI: ES:APM:2023:12788).
- Sentencia núm. 688/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810).
- Sentencia núm. 681/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727).
- Sentencia núm. 680/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723).
- Sentencia núm. 666/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807).
- Sentencia núm. 665/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808).
- Sentencia núm. 626/2023, de 11 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688).
- Sentencia núm. 526/2023, de 4 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253).

- Sentencia núm. 477/2023, de 27 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161).
- Sentencia núm. 465/2023, de 20 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165),
- Sentencia núm. 332/2023, de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303).
- Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916).
- Sentencia núm. 193/2023, de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2023\262988) (ECLI: ES:APB:2023:3975).
- Sentencia núm. 34/2023 de 17 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR 2023\375322) (ECLI:ES:APMA:2023:2036).
- Sentencia núm. 1193/2022, de 9 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR\2023\50184) (ECLI:ES:APMU:2022:3139).
- Sentencia núm. 808/2022, de 24 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º) (JUR\2023\16882) (ECLI: ES:APM:2022:17580).
- Sentencia núm. 901/2022, de 15 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2022\355680) (ECLI:ES:APMU:2022:2323).
- Sentencia núm. 1278/2022, de 28 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2022\319909) (ECLI: ES:APB:2022:9359).
- Sentencia núm. 358/2022, de 12 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) (JUR\2023\368593) (ECLI: ES:APSE:2022:3212).
- Sentencia núm.427/2022, de 6 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2022\285785) (ECLI: ES:APM:2022:8009).
- Sentencia núm. 335/2021, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2021\367198) (ECLI: ES:APM:2021:11773).
- Sentencia núm. 1669/2021, de 30 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2021\325642) (ECLI: ES:APB:2021:9497).

- Sentencia núm. 88/2021, de 9 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) (JUR 2021\224017) (ECLI:ES:JMMU:2021:3406).
- Sentencia núm. 16/2021, de 13 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR\2021\108652) (ECLI: ES:APOU:2021:25).
- Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC 2021\303) (ECLI:ES:APM:2020:14585).
- Sentencia núm. 2541/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2021\21966) (ECLI:ES:APB:2020:12096).
- Sentencia núm. 2540/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2021\1452 (ECLI:ES:APB:2020:12093).
- Sentencia núm. 2156/2020, de 30 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR 2020\333816) (ECLI:ES:APB:2020:9720).
- Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995).
- Sentencia núm. 655/2020, de 30 abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC 2020\1031) (ECLI:ES:APB:2020:2752).
- Sentencia núm. 93/2020, de 21 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR\2020\110790) (ECLI: ES:APBU:2020:116).
- Sentencia núm. 54/2020, de 31 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\113525) (ECLI: ES:APM:2020:1516).
- Sentencia núm. 16/2020, de 10 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\96822) (ECLI: ES:APM:2020:159).
- Sentencia núm. 44/2020, de 4 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\290014) (ECLI: ES:APM:2020:8561).
- Sentencia núm. 516/2019, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\35115) (ECLI: ES:APM:2019:15209).
- Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545).

- Sentencia núm. 116/2019, de 21 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (JUR 2019\127174) (ECLI:ES:APVA:2019:362).
- Sentencia núm. 291/2019, de 20 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) (JUR\2019\68274) (ECLI: ES:APB:2019:1216).
- Sentencia núm. 498/2018, de 21 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2019\26952) (ECLI: ES:APM:2018:16582).
- Sentencia núm. 425/2018, de 22 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) (JUR\2019\130286) (ECLI: ES:APGC:2018:3055).
- Sentencia núm. 230/2018, de 8 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) (ECLI: ES:APV:2018:1909).
- Sentencia núm. 42/2018, de 9 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2018\96213) (ECLI:ES:APBU:2018:97),
- Sentencia núm. 45/2018, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (JUR\2018\84531) (ECLI:ES:APVA:2018:176).
- Sentencia núm. 13/2018, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) (JUR 2018\246388) (ECLI:ES:APNA:2018:354).
- Sentencia núm. 453/2017, de 16 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (JUR\2018\56280) (ECLI: ES:APA:2017:3099).
- Sentencia núm. 251/2017, de 15 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2017\182876) (ECLI: ES:APB:2017:4015).
- Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (JUR\2017\136991) (ECLI: ES:APBI:2017:561).
- Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) (JUR 2017\104801) (ECLI:ES:APBA:2017:238).
- Sentencia núm. 99/2017, de 1 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\119602) (ECLI: ES:APM:2017:4227).
- Sentencia núm. 195/2017, de 27 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR 2017\271430) (ECLI:ES:APMA:2017:1667).

- Sentencia núm. 405/2016, de 25 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\26199) (ECLI: ES:APM:2016:17593).
- Sentencia núm. 922/2016, de 2 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR 2016\143960) (ECLI:ES:APV:2016:3927).
- Sentencia núm. 431/2016, de 26 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) (AC 2016\2253) (ECLI:ES:APNA:2016:896).
- Sentencia núm. 302/2016, de 29 julio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2016\258451) (ECLI: ES:APBU:2016:636).
- Sentencia núm. 697/2016, de 30 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR\2016\215144) (ECLI: ES:APV:2016:2783).
- Sentencia núm. 83/2016, de 19 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2016\144157) (ECLI: ES:APB:2016:3797).
- Sentencia núm. 48/2016, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) (JUR\2016\63462) (ECLI: ES:APL:2016:152).
- Sentencia núm. 16/2016, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2016\53886) (ECLI: ES:APM:2016:136).
- Sentencia núm. 318/2015, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) (JUR\2015\196022) (ECLI: ES:APZ:2015:1573).
- Sentencia núm. 182/2015, de 26 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2015\205758) (ECLI: ES:APM:2015:10855).
- Sentencia núm. 356/2015, de 25 junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2015\216683) (ECLI:ES:APMU:2015:1644).
- Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (AC\2015\898) (ECLI: ES:APC:2015:1479).
- Sentencia núm. 103/2015, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (ECLI: ES:APB:2015:2957).
- Sentencia núm. 71/2015, de 25 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2015\115533) (ECLI: ES:APB:2015:2088).

- Sentencia núm. 208/2014, de 5 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) (JUR 2015\1711) (ECLI:ES:APGR:2014:1491).
- Sentencia núm. 476/2013, de 12 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) (JUR 2014\77804) (ECLI:ES:APCS:2013:1108).
- Sentencia núm. 156/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), (JUR 2013\374919) (ECLI:ES:APCO:2013:1389).
- Sentencia núm. 327/2013, de 12 septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC 2013\1942) (ECLI:ES:APB:2013:9532).
- Sentencia núm. 300/2013, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR 2013\339082) (ECLI:ES:APB:2013:9351).
- Sentencia núm. 286/2013, de 18 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) (JUR 2013\250388) (ECLI:ES:APLE:2013:993).
- Sentencia núm. 166/2013, de 23 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (JUR\2013\201927) (ECLI: ES:APIB:2013:1071).
- Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) (JUR\2013\206297) (ECLI: ES:APCU:2013:250).
- Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (AC\2013\1427) (ECLI: ES:APA:2013:1359).
- Sentencia núm. 125/2013, de 26 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección. 5ª) (JUR\2013\174231) (ECLI: ES:APIB:2013:701).
- Sentencia núm. 63/2013, de 22 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) (JUR\2013\257523) (ECLI:ES:APCO:2013:715).
- Sentencia núm. 45/2013, de 18 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (ECLI: ES:APVA:2013:272).
- Sentencia núm. 94/2013, de 28 de febrero, dictada por la Audiencia Provincia de Alicante (Sección 8ª) (JUR\2013\187069) (ECLI:ES:APA:2013:693).
- Sentencia núm. 536/2012, de 20 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (JUR\2013\59175) (ECLI: ES:APA:2012:4110).

- Sentencia núm. 172/2012, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (JUR\2012\166365) (ECLI: ES:APPO:2012:1052).
- Sentencia núm. 131/2012, de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (JUR\2012\137333) (ECLI: ES:APC:2012:849).
- Sentencia núm. 382/2011, de 22 noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) (AC 2012\137) (ECLI:ES:APIB:2011:2487).
- Sentencia núm. 113/2011, de 12 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) (JUR\2012\247948).
- Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2011\186143) (ECLI: ES:APM:2011:3840).
- Sentencia núm. 57/2011, de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) (JUR 2014\180669) (ECLI:ES:APSS:2011:1242).
- Sentencia núm. 275/2010, de 14 junio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (JUR 2010\267170) (ECLI:ES:APBU:2010:952).
- Sentencia núm. 87/2009, de 13 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2009\411481) (ECLI: ES:APB:2009:6178).
- Sentencia núm. 77/2009, de 6 de marzo dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) (JUR\2009\250012)
- Sentencia núm. 10/2009, de 13 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC 2009\1601) (ECLI:ES:APB:2009:6131).
- Sentencia núm. 17/2009, de 30 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º) (AC\2009\294).
- Sentencia núm. 194/2008, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2008\290874).
- Sentencia núm. 63/2008, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) (JUR\2009\21355).
- Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC\2008\834).

- Sentencia núm. 175/2007, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2008\95242).
- Sentencia núm. 430/2007, de 26 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (AC\2008\424).
- Sentencia núm. 228/2007, de 19 abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (JUR 2007\262334) (ECLI:ES:APPO:2007:930).

6. AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto núm. 151/2020, de 22 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR 2021\17936) (ECLI: ES:APM:2020:5754A).
- Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A).
- Auto núm. 31/2020, de 3 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR\2020\216567) (ECLI: ES:APV:2020:1224A).
- Auto núm. 63/2019, de 10 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2019\138092) (ECLI: ES:APB:2019:1929A).
- Auto núm. 196/2017, de 24 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2018\51715) (ECLI: ES:APM:2017:5501A).
- Auto núm. 98/2017, de 5 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\209505) (ECLI: ES:APM:2017:2634A).
- Auto núm. 114/2012, de 26 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC\2012\2318) (ECLI: ES:APB:2012:7316A).
- Sentencia núm. 239/2010, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) (AC\2010\2295) (ECLI: ES:APTO:2010:835).
- Auto núm. 215/2009, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR 2010\68324).
- Auto núm. 238/2007, de 13 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC\2008\118).

- Auto núm. 136/2006, de 29 diciembre, dictado por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR 2007\74658).
- Auto núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2009\176630).

7. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia de 22 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Cuenta (JUR\2022\222013) (ECLI:ES:JPII:2022:165).

8. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).
- Sentencia núm. 75/2024, de 21 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y Mercantil de Segovia (JUR\2024\441017) (ECLI: ES:JPII:2024:258)
- Sentencia núm. 62/2024, de 11 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (JUR\2024\282165) (ECLI:ES:JMC:2024:60).
- Sentencia núm. 12/2024, de 27 marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR 2024\125059) (ECLI:ES:JMS:2024:6).
- Sentencia núm. 75/2023, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (JUR\2023\394517).
- Sentencia núm. 48/2023, de 25 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (JUR\2023\390185) (ECLI: ES:JMM:2023:3602).
- Sentencia núm. 128/2023, de 8 de septiembre (JUR\2023\399041) (ECLI: ES:JMM:2023:4390)

- Sentencia núm. 99/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\377188) (ECLI:ES:JMGI:2023:2206).
- Sentencia núm. 42/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (JUR\2023\390261) (ECLI:ES:JMM:2023:3600).
- Sentencia núm. 77/2023, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\344956) (ECLI:ES:JMB:2023:1965).
- Sentencia núm. 88/2023, de 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (JUR\2023\387210) (ECLI: ES:JMM:2023:3198)
- Sentencia de 4 de junio de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (JUR\2024\115233) (ECLI:ES:JMMA:2023:5693).
- Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\329219) (ECLI: ES:JMGI:2023:1278).
- Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\329219) (ECLI: ES:JMGI:2023:1278).
- Sentencia núm. 57/2023, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2023\192519) (ECLI: ES:JMIB:2023:500)
- Sentencia núm. 48/2023, de 7 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2023\190966) (ECLI:ES:JMIB:2023:501).
- Sentencia núm. 31/2023, de 23 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (JUR\2023\329055) (ECLI: ES:JMBA:2023:1774).
- Sentencia núm. 8/2023, de 23 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona (JUR\2023\106654) (ECLI:ES:JMB:2023:124).
- Sentencia núm. 1/2023, de 2 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (JUR\2023\56818) (ECLI: ES:JMB:2023:41).
- Sentencia núm.310/2022, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (JUR\2023\161865) (ECLI:ES:JMO:2022:13787).
- Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2023\70998) (ECLI: ES:JMIB:2021:15811).

- Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma (Provincia de las Islas Baleares) (JUR\2023\70998) (ECLI:ES:JMIB:2021:15811).
- Sentencia núm. *[sic]/*2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).
- Sentencia núm. 247/2022, de 3 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2022\272554) (ECLI: ES:JMIB:2022:7379).
- Sentencia núm. 39/2022, de 30 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Murcia (JUR\2022\222003) (ECLI: ES:JMMU:2022:4783).
- Sentencia núm. /2021*/[sic]/*2022, de 15 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguer) (JUR\2022\224829) (ECLI: ES:JMC:2022:5201).
- Sentencia de 13 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia (JUR\2022\137848) (ECLI:ES:JMV:1298).
- Sentencia núm. 635/2021, de 18 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid (JUR\2022\13261) (ECLI:ES:JMM:2021:11858).
- Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\89432).
- Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\130198) (ECLI:ES:JMM:2021:14772).
- Sentencia núm. 18/2021, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (JUR\2021\211204) (ECLI: ES:JMBA:2021:3238).
- Sentencia núm. 74/2021, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2021\203669) (ECLI:ES:JMB:2021:1510).
- Sentencia de 16 febrero 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR 2021\81187) (ECLI:ES:JMM:2021:248).
- Sentencia núm. 34/2021, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (JUR 2021\160366) (ECLI:ES:JMO:2021:1035).

- Sentencia núm. 101/2020, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (JUR\2020\342330) (ECLI: ES:JMBA:2020:2730).
- Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\152644).
- Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\167960) (ECLI:ES:JMM:2020:1081).
- Sentencia núm. 31/2020, de 23 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (JUR\2020\163009) (ECLI: ES:JMSS:2020:1057).
- Sentencia de 15 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\166709).
- Sentencia núm. 283/2019, de 21 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\47048) (ECLI:ES:JMB:2019:10497).
- Sentencia núm. 413/2019, de 21 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao (JUR\2020\57608) (ECLI: ES:JMBI:2019:2858).
- Sentencia núm. 202/2019, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR\2020\61322) (ECLI:ES:JMPO:2019:3659).
- Sentencia núm. 413/2019, de 21 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao (JUR\2020\57608) (ECLI: ES:JMBI:2019:2858).
- Sentencia núm. 272/2019, de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (JUR\2019\299855) (ECLI:ES:JMB:2019:1148).
- Sentencia núm. 135/2019, de 17 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (AC 2019\1165) (ECLI:ES:JMSS:2019:666).
- Sentencia núm. 119/2019, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (AC\2019\1148) (ECLI: ES:JMSS:2019:633).
- Sentencia núm. 61/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR\2019\121315) (ECLI:ES:JMS:2019:185).

- Sentencia núm. 37/2019, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (AC\2020\114) (ECLI: ES:JMMU:2019:2517).
- Sentencia núm. 254/2018, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\20157).
- Sentencia núm. 240/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\394195) (ECLI:ES:JMB:2018:7155).
- Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2022\390605) (ECLI:ES:JMB:2018:7093).
- Sentencia núm. 222/2018, de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\393920).
- Sentencia núm. 119/2018, de 8 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\378617) (ECLI:ES:JMB:2018:5335).
- Sentencia núm. 148/2018, de 29 abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia (JUR 2018\210440) (ECLI:ES:JMMU:2018:1725).
- Sentencia núm. 88/2017, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (JUR\2018\176716) (ECLI:ES:JMO:2017:2424).
- Sentencia núm. 167/2017, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (JUR 2017\235722) (ECLI:ES:JMSS:2017:631).
- Sentencia núm. 44/2016, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (JUR\2016\83969) (ECLI: ES:JMMU:2016:351).
- Sentencia núm. 17/2016, de 12 febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (AC 2016\709) (ECLI:ES:JMO:2016:382).
- Sentencia núm. 319/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (JUR\2016\37598) (ECLI: ES:JMMU:2015:3967).
- Sentencia núm. 497/2014, de 8 septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (JUR 2016\105889) (ECLI:ES:JMM:2014:3577).
- Sentencia núm. *[sic]/*2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga (JUR\2014\262464) (ECLI: ES:JMMA:2014:187).

- Sentencia núm. 20/2014, de 21 febrero, dictada por Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid (JUR 2016\105895) (ECLI:ES:JMM:2014:3503).
- Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (AC\2013\1652) (ECLI: ES:JMM:2013:320).
- Sentencia núm. 42/13, de 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón (JUR 2014\108529).
- Sentencia de 19 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid (JUR 2012\390406) (ECLI: ECLI:ES:JMM:2012:81).
- Sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (AC\2012\381) (ECLI: ES:JMPO:2012:23).
- Sentencia núm. 136/2011, de 18 julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas) (AC 2011\1550) (ECLI:ES:JMGC:2011:92).
- Sentencia de 18 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2008\398669).
- Sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (AC\2007\857).
- Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (AC\2007\739).

9. AUTOS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A).
- Auto núm. 321/2022, de 21 de julio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\179463) (ECLI: ES:JMGI:2022:4637A).
- Auto núm. 340/2022, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A).
- Auto núm. 329/2022, de 8 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2023\162309) (ECLI: ES:JMB:2022:3575A).

- Auto núm. 42/2022, de 28 de enero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2022\183362) (ECLI: ES:JMB:2022:1337A).
- Auto núm. 407/2021, de 15 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2022\15296) (ECLI: ES:JMB:2021:4030A).
- Auto núm. 446/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2021\265007) (ECLI: ES:JMB:2021:2216A).
- Auto núm. 445/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\250494) (ECLI: ES:JMB:2021:6612A)
- Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A).
- Auto núm. 180/2020, de 3 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (JUR\2021\301797) (ECLI: ES:JMS:2020:414A).
- Auto de 6 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (JUR\2015\303090) (ECLI: ES:JMB:2014:161A).
- Auto de 13 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (JUR\2007\374159).
- Auto de 13 de febrero de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR 2006\99571).
- Auto de 13 diciembre 2005, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (JUR\2006\123836).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 58, 2020, pp. 1-21 en edición digital.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Una nota sobre la *business judgment rule*», *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017, disponible a fecha 26 de diciembre de 2024 en «https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/01/una-nota-sobre-la-business-judgment-rule.html».
- ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 18, 2002-1, pp.45-76.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., «El concurso consecutivo», en *AA.VV. Derecho preconcursal y segunda oportunidad (Dir. por BOLDÓ RODA, C. y Coord. por PASTOR SEMPERE, M.C.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 978-84-1378-569-1, pp. 300-352.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Las modificaciones estructurales ¿respuestas societarias a la crisis?», en *AA.VV. Estudios de derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia (Dir. por EMBID IRUJO, J.M. y NIETO CAROL, U.)*, Tirant lo Blanch, 2019, ISBN 9788413132730, pp. 311-380.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Liquidación y extinción de sociedad. Existencia de un único acreedor sin bienes para su pago: no es necesario instar el concurso para cancelar los asientos registrales», en *AA.VV. Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2015-2016) (Dir. por EMBID IRUJO, J.M. y Coord.*

GIRMALDOS GARCÍA, M.I. y NAVARRO MATAMOROS, L.), Comares, 2017, ISBN 978-84-9045-565-4, pp. 328-338.

- ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni,* ISSN 0035-5887, Vol. 114, Nº. 3, 2016, pp. 1 y ss. edición digital.
- ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLConc», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 34, 2021, pp. 21-58.
- ARIAS ARONA, F.J., «Puede aplicarse el art. 217.7 LEC en la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales si el demandante hace un esfuerzo argumentativo. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2016 (472/2016)», en *AA.VV. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.), Vol. 8, 2016, ISBN 978-84-9148-476-9, pp. 455-468.
- ASENJO RODRÍGUEZ, E., «El deber de lealtad del administrador y su contenido», *La Ley mercantil,* ISSN-e 2341-4537, Nº. 44 (febrero), 2018, p. 3.
- ASENJO RODRÍGUEZ, 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 *AA.VV. 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 (Aut. ROJO FERNÁNDEZ, Á.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.),* Cizur Menor: Civitas, 2013, ISBN 978-84-470-4588-4, pp. 301-318.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. y VIGUERA REVUELTA, R., "Distribución de la carga de la prueba en el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad

frente a los administradores de sociedades insolventes. Comentario de la STS 472/2016, de 13 de julio", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, Núm. 42, enero-abril 2017, pp. 373-380.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y GARCÍA-CRUCES, J.A., «Responsabilidad concursal» en *AA.VV. Enciclopedia de derecho concursal (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y ÁVILA DE LA TORRE, A. y Dir. por BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y GARCÍA-CRUCES, J.A.),* Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, Vol. 2, 2012 (F - Z), ISBN 978-84-9014-197-7, pp. 2625-2641.
- BENITO OSMA, F., «La acción directa del perjudicado en el seguro de responsabilidad de administradores y directivos (D&O). Comentario a la STS, de 11 septiembre 2018 (RJ 2018, 5132)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, Núm. 110, 2019, pp. 91-120.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. y RODRÍGEZ PINEAU, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Núm. 4, 2006, pp. 1-41 en edición digital.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P.B. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los administradores sociales. Aspectos de derecho internacional privado», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Coord. por GUERRA MARTÍN, G.)*, La Ley, 2011, 2011, ISBN 978-84-8126-833-1, pp. 1005-1061.
- BRANDI TAIANA, M.M. y MUÑOZ AZANGUREN, A., «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva ley concursal», *Cuadernos de Derecho de Comercio*, ISSN 1575-4812, Núm. 44, 2005, pp. 113-154.
- BRENES CORTÉS, J., «Responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica y su posible configuración como administrador de hecho. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 1 de marzo de

2018», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 310, 2018, p. 13, pp.1-31 en edición digital.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «La afectación de la calificación concursal de la persona natural designada por la administradora social persona jurídica», en *AA.VV. 2020 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos* (Coord. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.), La Ley, 2020, ISBN 9788418349034, pp. 275-302.
- CARRASCO PERERA, Á., «Prescripción, responsabilidad y administradores sociales: la cosa no es como parece», *La Ley mercantil,* ISSN-e 2341-4537, Nº. 114 (junio), 2024, pp. 1 a 12 de la edición digital.
- CARRASCO PERERA, Á., «Acción social de responsabilidad subrogatoria y acción por daño directo de acreedores» *(Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo)*, octubre de 2019, pp. 1-5 en edición digital. Disponible a 16 de diciembre de 2024 en «https://ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/Acci%C3%B3n-social-de-responsabilidad-subrogatoria.pdf».
- CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral», en *AA.VV. Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias (Coord. por PERIS RIERA, J.M. y MASSARO, A.),* Roma Tre-Press, 2023, ISBN 979-12-5977-149-0, pp. 215-245.
- CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 56, 2022, pp. 101-120.
- CASTILLO FELIPE, R., «Proceso civil e inteligencia artificial», en *AA.VV. Proceso civil y nuevas tecnologías (Dir. por SIGÜENZA LÓPEZ, J.)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, ISBN 978-84-1346-237-0, pp. 259-296.

- CERVERA SIGNES, F., “La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 10414, Sección Tribuna, 27 de diciembre de 2023, pp. 1 -14 en edición digital.
- CERRATO CRESPÁN, I., «El deber general de diligencia de los administradores y la protección de la "discrecionalidad empresarial"», en *AA.VV. Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ARIAS VARONA, F.J. y RECALDE CASTELLS, A.J.)*, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, 2015, ISBN 9788490854297, pp. 75-84.
- COCA VILA, I. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O» *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 74, Nº 1, 2021, pp. 113-216.
- COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Los efectos de la declaración del concurso», en *AA.VV. El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (Dir. por PULGAR EZQUERRA, J.),* La Ley, 2012, ISBN 978-84-8126-441-8, pp. 239-286.
- CORNO, G., «Chapter 5- Duties of directors», en *AA.VV*., *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023 (PAULUS, C.G./DAMMANN, R.),* Hart Publishing; Múnich, 2021, pp. 238-248.
- DE LA FUENTE GUTIÉRREZ, J., “El deber de los administradores de asistir a la Junta General*”, La Ley Mercantil*, núm. 27, julio-agosto 2016, 1 de Julio de 2016 (ISSN 2341-4537), p. 2.
- DE LOS BUEIS CASTAÑARES, R. «Las herramientas de alerta temprana y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, ISSN-e 2340-4647, Núm. 17, 2020, pp. 191-203.

- DEL VAL TALENS, P., «El ejercicio de las facultades de los administradores con fines adecuados: análisis del artículo 228.a) LSC», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 50, 2017, pp. 225-269.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., "La persona jurídica administradora de una sociedad anónima", en *AA.VV. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez (Coord. IGLESIAS PRADA)*, Vol. II, ISBN 84-470-0693-X, Madrid, 1996, pp. 2295-2338.
- ESTEBAN MONASTERIO, I., «Responsabilidad de administradores sociales por deuda pública. STS (Sala 3.ª) núm. 915/2019 de 26 de junio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Núm. 2, 2020.
- ESTEBAN MONASTERIO, I., «Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 54, septiembre-diciembre 2018, p. 5, pp. 1-37 en edición digital.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Artículo 241. Acción individual de responsabilidad», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo I, Primera edición 2011, Aranzadi, S.A., Navarra, 2011, ISBN: 978-84-470-3719-3, pp.1728 a 1736.
- ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de la responsabilidad», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. ROJO, L.A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, ISBN: 978-84-9876-027-9, pp. 153-226.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad de los Administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA [RCL 1989, 2737]) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)», *Derecho de Sociedades,* Núm. 5/1995, 1995, pp. 265-283.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal de administradores sociales», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 199-218.

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Nº 43, 2014, pp. 175-207.
- FACHAL NOGUER, N., "Problemática actual de la acción de responsabilidad por deudas", *El Derecho – Tribuna*, 18-01-2024, disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://elderecho.com/problematica-actual-de-la-accion-de-responsabilidad-por-deudas#:~:text=367.3%20LSC%20%2C%20despu%C3%A9s%20de%20la,la%20causa%20de%20disoluci%C3%B3n%20societaria», pp. 1 a 22 de la edición digital.
- FACHAL NOGUER, N., «Las pérdidas agravadas como causa de disolución societaria y los criterios contables para determinar su concurrencia», en *AA.VV. Deberes de los administradores de las sociedades de capital* (COORD. VUÑUELAS SANZ, M.; DIR. COHEN BENCHETRIT, A. y MUÑOZ PAREDES, A.), ISBN 978-84-1125-875-3, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 819-851.
- FACHAL NOGUER, N., «Los préstamos participativos y las aportaciones a la cuenta 118, tratamiento y rescisión concursal», en *AA.VV. La anticipación de la insolvencia: soluciones conservativas y reestructuraciones: XI Jornadas Concursales Vitoria-Gazteiz, 12,13,14 abril 2023 (AUT. BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., FACHAL NOGUER, N., FORTEA GORBE, J.L., FUENTES DEVESA, R., GUILLAMÓN RUIZ, M., MARTÍNEZ DE MARIGORTA, C., MUÑOZ PAREDES, A., NIETO DELGADO, C.)*, ISBN 978-84-1163-888-3, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 61-93.
- FACHAL NOGUER, N., «La responsabilidad solidaria del órgano de administración plural y la problemática de la acción de regreso entre sus miembros», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 17 (enero-marzo), 2023, p. 1-20 en edición digital.

- FACHAL NOGUER, N., «En supuestos de crisis disolutoria de la sociedad, ¿es relevante la fecha de la insolvencia en la fijación del dies a quo del plazo de dos meses que se concede al órgano de administración para la convocatoria de la Junta General?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm.13, 2022, pp. 1- y ss. en edición digital.
- FACHAL NOGUER, N., «¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 9, 2022, pp. 1 y ss. en edición digital.
- FERNÁNDEZ AGUADO, J.F., «Responsabilidad de los administradores: legitimación de la minoría y prescripción de las acciones», en *AA.VV. Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ARIAS VARONA, F.J. y RECALDE CASTELLS, A.J.)*, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, 2015, ISBN 9788490854297, pp. 123-126.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes de prevención preconcursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Nº 71, 2024, pp. 1 y ss. de la edición digital.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Diligencia Preconcursal y acción individual de responsabilidad», *Almacén de derecho*, enero de 2023, disponible a fecha 7 de mayo de 2024 en «https://almacendederecho.org/diligencia-preconcursal-y-accion-individual-de-responsabilidad».
- FRASQUET, A., SEGURA DE LA MONJA, I. y LÓPEZ CHECA, R., «Reseñas de actualidad: Derecho de sociedades», *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, Núm. 61 (septiembre), 2019, p. 6.
- FUENTES DEVESA, R., «El reforzamiento del principio dispositivo en la sección de calificación concursal tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Revista*

Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, Núm. 7, 2023, p. 4 (pp. 1-26 en edición digital).

- FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo V (Artículos 346-433) Separación y exclusión de socios. Disolución y liquidación. Las obligaciones (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.)*, Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 978-84-1397-954-0, pp. 5033-5086.
- FUENTES DEVESA, R., «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal,* ISSN 1889-4380, Nº. 2, 2019, pp. 1 y ss. edición digital.
- FUENTES DEVESA, R., «La falta de cumplimiento de las relaciones contractuales y la declaración de concurso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm.693/2017, de 20 de diciembre de 2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Núm. 7, 2018, pp. 101-120.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores sociales», en *AA.VV. Culpa y responsabilidad (Coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G.)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ISBN 978-84-9152-671-1, pp. 395-422.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Las reformas de la Ley Concursal en materia de calificación del concurso (RDL 4/2014, Ley 17/2014 y Ley 9/2015)», en *AA.VV. Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal (Coord. por RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. y PACHECO CAÑETE, M. y Dir. DÍAZ MORENO, A. LEÓN SANZ, F.J.),* Thomson Reuters Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-053-8, pp. 183-215.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados (comentario de la

sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 13 de junio de 2013), *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 32, 2014, pp. 417-450.

- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *Anuario de derecho concursal,* ISSN 1698-997X, Nº. 28, 2013, pp. 31-68.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Concurso culpable», en *AA.VV. Enciclopedia de derecho concursal (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y ÁVILA DE LA TORRE, A. y Dir. por BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y GARCÍA-CRUCES, J.A.),* Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, Vol. 1, 2012 (A - E), ISBN 978-84-9014-107-6, pp. 551-566.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «La responsabilidad concursal», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. por CAMPUZANO LAGILLO, A.B. y Dir. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.),* Tirant lo Blanch, 2011, ISBN: 978-84-9985-071-9, pp. 305-365.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Administradores sociales y administradores de hecho», en *AA.VV. Estudios de derecho mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés (Coord. por SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, J.A., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.),* Cizur Menor (Pamplona): Civitas-Thomson Reuters, 2010, ISBN 978-84-470-3544-1, pp. 527-561.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. por ROJO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ISBN 978-84-9876-027-9, pp. 281-336.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Calificación del concurso y responsabilidades derivadas», *Estudios jurídicos,* ISSN-e 1888-7740, Nº. 2005, pp. 1 y ss. de la edición digital.

- GARCÍA-CRUCES, J.A., «La calificación del concurso», *Revista del poder judicial,* ISSN 1139-2819, Nº Extra 18, 2004, pp. 483-558.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *Anuario de Derecho Concursal*, Núm. 28, 2003, pp.31-68.
- GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3379-3392.
- GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 241. Acción individual de responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3357-3378.
- GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 240. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3343-3356.
- GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3291-3304
- GARCÍA GARCÍA, E., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», en *AA.VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (Dir. por GARCÍA-*

CRUCES, J.A. y SÁNCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3261-3390.

- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Artículo 543. Cosa juzgada. Comentario», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la Ley Concursal (Dir. por VEIGA COPO, A.B. y Coord. por MARTÍNEZ MUÑOZ, M.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2, 2021, ISBN 978-84-1346-439-8, pp. 1132-1133.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «La conclusión del concurso», en *AA.VV. Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna (Dir. por MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S.),* Wolters Kluwer, CEDAM, 2014, ISBN 978-88-13-34583-9, pp. 325-338.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., «Los presupuestos de la acción individual frente a los administradores sociales en caso de impago de deudas por la sociedad», *Boletín Mercantil*, Núm. 103 (Publicaciones URIA), 2022, pp. 1-9 en edición digital. Disponible a 9 de julio de 2024 en «https://www.uria.com/es/publicaciones/7795-los-presupuestos-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-frente-a-los-adminis».
- GARNICA MARTÍN, F., «Deberes de los administradores y responsabilidad societaria», *en AA. VV. Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo (Dir. por VÁZQUEZ ALBERT, D. y CALAVIA MOLINERO, J.M. y Coord. por MORALES BARCELÓ, J. y PÉREZ CARBÓ, P.P.),* Thomson Reuters Aranzadi, 2015, RJC. Revista Jurídica de Cataluña, pp. 203-206.
- GÓMEZ ASENSIO, C., «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de restructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, Núm. 12, febrero 2020, pp. 472-511.
- GÓMEZ ASENSIO, C., «El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el

derecho concursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN: 1134-7686, Núm. 45, 2015, pp. 321-358.

- GOMÉZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E., «El nuevo rol de los acreedores en la calificación tras la Ley 16/2022», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 23 (octubre diciembre), 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.
- GONZÁLEZ CABRERA, I., «Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la propuesta de código mercantil», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 41, 2013, ISSN 1134-7686, pp. 331-377.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «No responsabilidad del administrador por impago de deuda social. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2018», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, Núm. 112, 2020, pp. 135-154.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 607-614.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J. y GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de capital en situación de insolvencia», en *AA.VV. Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia (Vol.2)*, Marcial Pons, 2005, Madrid, ISBN: 84-9768-177-0, pp. 1965 a 1988.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 61, 2024, pp. 149-193.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: aspectos básicos y exigencia de la buena fe en el ejercicio de la acción. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de

2018 (RJ 2018, 1735)», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 56, 2019.

- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 619/2021, de 22 de septiembre de 2021», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 10, Núm. 1, 2022, pp. 410-415.
- GÓMEZ SUÁREZ, C., «Artículo 132. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal (Vol. 1)* (DIR. RENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 605-607.
- GROSS-BROWN, S., «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule», *Revista de Derecho de Sociedades,* ISSN 1134-7686, Núm. 37, 2011-2, pp. 307-320.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa», en *AA.VV. Jurisprudencia y concurso (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal) (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.)*, Tirant lo Blanch, 2017, ISBN 978-84-9143-357-6, pp. 1431-1518.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 49-106.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord) y ALFONSO SÁNCHEZ, R., Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: «adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo», J.M. Bosch, 2015, ISBN: 978-84-9090-057-4.

- HERNÁNDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria"* Primera Edición, Bosch, S.A., Barcelona, 2013, ISBN: 9788497903011.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AA.VV. Jurisprudencia y concurso (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal) (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.),* Tirant lo Blanch, 2017, ISBN 978-84-9143-357-6, pp. 271-319.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en *AA.VV. La reintegración en el concurso de acreedores (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.),* Thomson Reuters Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9014-736-8, pp. 175-209.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Tiempo de ejercicio de las acciones de calificación», en *AA.VV. Insolvencia y responsabilidad (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.),* Thomson Reuters-Civitas, 2012, ISBN 978-84-470-4009-4, pp. 373-388.
- HIDALGO ROMERO, R., "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales ex art. 367 de la Ley de Sociedades de capital a la luz de la última Jurisprudencia (Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 560/2013, de 7 de octubre; núm. 585/2013, de 14 de octubre; núm. 590/2013, de 15 de octubre; núm. 732/2013, de 19 de noviembre; núm. 731/2013, de 2 de diciembre; y núm. 736/2013, de 3 de diciembre)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Nº. 11 (marzo 2014), 2014, pp. 115-125.
- HUALDE LÓPEX, I., «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores generales de la persona jurídica concursada», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 62, 2024, pp. 119-152.
- IRIBARREN BLANCO, M., «Los deberes de los administradores ante la reestructuración de las sociedades en dificultades» *Anuario de derecho concursal,* ISSN 1698-997X, Nº. Extra 58, 2023, pp. 279-302.

- JORDÁ GARCÍA, R., «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», *Diario la Ley*, núm. 8324, 3-6-2014, ISSN 1989-6913, pp. 12-16.
- JUSTE MENCÍA, J., «Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», *en AA. VV. Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad ((Dir. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.),* Tirant lo Blanch, 2021, ISBN 9788413979526, pp. 3105-3116.
- LADO CASTRO-RIAL, C., «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, Núm. 8-9, 2019, pp. 51-69.
- LATORRE, N., «Las acciones de responsabilidad contra los administradores en la sociedad unipersonal (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 11 de septiembre de 2018)», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 312, 2019, p. 12 (pp. 1-20 de la edición digital).
- LATORRE, N., «Acción individual de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de liquidación. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 13 de julio de 2015», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 303, 2017, pp. 297-312.
- LEFORT RUIZ DE AGUIAR, N., "Responsabilidad de administradores y concurso de acreedores, necesaria coordinación con la pieza de calificación", *Revista de Consumo y Empresa*, núm. 15, junio 2022, pp. 45-53.
- LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en *A A.VV., La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., Dirs. ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 6ª ed., ISBN 9788491199731, pp. 27-58.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Limitaciones de la autonomía de la voluntad y legitimación: Consideraciones a partir del estudio del Derecho concursal», en

AA.VV. Derecho y Autonomía privada, una visión comparada e interdisciplinar (Dir. Congreso PARRA LUCÁN, M.A. y Coord. por GASPAR LERA, S.), Comares, 2017, ISBN 978-84-9045-521-0, pp. 335-346.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal», en *AA.VV. 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*, Cizur Menor: Civitas, 2013, 2013, ISBN 978-84-470-4588-4, pp. 89-120.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La tramitación del incidente de calificación del concurso», en *AA.VV. Insolvencia y responsabilidad (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.)*, Thomson Reuters-Civitas, 2012, ISBN 978-84-470-4009-4, pp. 105-174.
- MACHADO PLAZAS, J., «Reflexiones en torno a la reforma de la calificación concursal en la Ley 16/2022», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, ISSN-e 2697-0953, Núm. 8, 2022, pp. 33-47.
- MAGDALENO CARMONA, A. y BENEYTO, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, J.M. Bosch, Barcelona, 2015, ISBN: 978-84-9090-047-5.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores», *Análisis/octubre 2022*, *Gómez-Acebo & Pombo,* disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Reforma_regimen_legal_disolucion.pdf», pp. 1 a 7 de la edición digital.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente»,

Análisis/agosto 2019, *Gómez-Acebo & Pombo,* disponible a fecha 22 de diciembre de 2024 en «https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/08/La-Directiva-20191023-VI_deberes-de-los-administradores-sociales_v2.pdf».

- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad. (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 44, 2015, pp. 335-352.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013. Legitimación de los acreedores para exigir responsabilidad por deudas a los administradores que no han promovido la disolución», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, Núm. 97, 2015, pp. 19-37.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital», *Revista de Derecho de Sociedades,* ISSN 1134-7686*,* núm. 24, 2005-1, pp. 91-120.
- MARTÍN REYES, M.A., «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012, pp. 177-204.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Sobre la extinción societaria o concursal de las sociedades sin activo y con un acreedor», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 308, 2018, pp. 1 a 68 en edición digital.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores, una institución necesaria,* Primera Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 978-84-1309-597-4, 2019.
- MARTÍNEZ SANS, F., «Balance y perspectivas de reforma sobre los deberes de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia», *Diario La Ley,* ISSN 1989-6913, Nº 10546, 2024, pp. 1 a 9 de la edición digital.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en *AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Dir. por*

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y Coord. por Coord. por Campuzano Laguillo, A.B.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, ISBN 978-84-9985-071-9, pp. 59-93.

- MASSAGUER, J., «La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 313, 2019, pp. 1 a 5.
- MEJOIMIL GONZÁLEZ, A., *Deber de lealtad y responsabilidad de los administradores,* Aranzadi Derecho Sociedades, 52, 2023, ISBN: 978-84-1163-457-1.
- MIRANDA SERRANO, L.M., «Claves del régimen de responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Núm. 6 (octubre 2014), 2014, pp. 33-53.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La disolución de la sociedad de capital en crisis tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», Revista de derecho mercantil, ISSN 0210-0797, Nº 330, 2023, pp. 1-23 de la edición digital.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre reestructuración y solvencia) [BOE-A-2022-14580]. Reforma de la Ley Concursal: ordenación del concurso, preconcurso y procedimientos especiales para microempresas», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 11, Nº. 1, 2023, pp. 225-240.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La liquidación de la masa activa», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 50, 2020, pp. 67-86.

- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociale*s, ISSN 1698-5583, Vol. 23, Nº. 1, 2020, pp. 385-430.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) [DOUE l 172, de 26-VI-2019]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 7, Nº. 2, 2019, pp. 292-299.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Supremo 719/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 1 de diciembre [ROJ STS 5289/2016]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 5, Nº. 1, 2017, pp. 361-367.
- MORALES BARCELÓ, J., «La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español», *Revista de Derecho*, ISSN 1993-4505, ISSN-e 2409-1685, Núm. 21, 2016, pp. 3-19.
- MORALES BARCELÓ, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia,* Tirant lo Blanch, 2013, ISBN 978-84-9004-777-4.
- MOSQUERA DE VALDIVIELSO, J., «Concurrencia de la responsabilidad de los administradores en los ámbitos societario y concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 819, 2011, p. 7.

- MOYA BALLESTER, J., «Nuevas formas de protección de terceros en el derecho de grupos», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 48, 2016, pp. 99-124.
- MOYA BALLESTER, J., «Los Grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores», *Revista de Derecho de Sociedades,* Núm. 38, año 2012-1, ISSN 1134-7686, pp. 307-324.
- MOYA BALLESTER, J., «El plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad de administradores de sociedades de capital (Comentario a la STS de 3 de julio de 2008)», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, núm. 33, 2009, Aranzadi, pp. 279-291.
- MOYA YOLDI, J.M. y RUIZ RUBIO, 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*, ISSN 1889-4380, Núm. 8/2012, pp. 1-10 en edición digital.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «Calificación y responsabilidad concursal. Ámbito de las conductas imputables en caso de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (246/2016)», en *AA. VV. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil) (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, Dykinson, Vol. 8, 2016 (2016), ISBN 978-84-9148-476-9, pp. 95-114.
- MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 10271, 2023, pp. 1-10 en edición digital.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Aspectos prácticos del Texto Refundido de la Ley Concursal*, ISBN: 9788412166897, Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria. Vol. I,* ISBN; 9788490985915, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores: la responsabilidad concursal, Vol. II,* ISBN:978-84-9059-230-4, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en *AA.VV. Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia (Vol.2)*, Marcial Pons, 2005, Madrid, ISBN: 84-9768-177-0, pp. 2173-2204.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F., «Capítulo III. Presupuestos de la responsabilidad de los administradores», en *AA.VVV., La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Coord. por GUERRA MARTIN, G.*), La Ley, Madrid, 2011, ISBN 978-84-8126-833-1, pp. 105-152.
- NAVARRO MATAMOROS, L., «Gobierno corporativo, economía sostenible y responsabilidad social de la empresa», en *AA.VV. Economía Social y Economía Sostenible (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ)*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, ISBN 978-84-9903-737-0, pp. 281-299.
- ORTELLS RAMOS, M., «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva ley concursal)», *en AA. VV. Las claves de la Ley concursal (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., QUINTANA CARLO, I y BONET NAVARRO, Á.),* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, ISBN 84-9767-491-X, pp. 113-162.
- OTERO MOYANO, «Imperatividad del deber de lealtad de los administradores y posibilidad de dispensa», en *AA.VV. Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ARIAS VARONA, F.J. y RECALDE CASTELLS, A.J.)*, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, 2015, ISBN 9788490854297, pp. 95-99.
- PARDO PARDO, J.M., «Qué acciones de responsabilidad societaria puedo ejercitar frente a los administradores de una sociedad en concurso», *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº 933, 2017, p. 7-7.

- PARDO PARDO, J.M., *El nuevo régimen de Responsabilidad de los administradores de Empresas en Crisis: Coordinación de los sistemas Societario y Concursal,* Primera Edición, Bosch, 2015.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales», *Actualidad-Noticias, Consejo General de la Abogacía Española,* 14 de noviembre de 2016, pp. 1-5 en la edición digital, Disponible a fecha 3 de enero de 2025 en «https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/».
- PÉREZ CARRILLO, E.F., «Acción individual de responsabilidad de administradores y acción directa frente al asegurador (D&O de grupo de empresas de grupo de empresas). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sentencia núm. 485/2018 de 11/09/2018», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 55, 2019, pp. 1 a 4 en edición digital.
- PICÓ I JUNOY, J., «La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: aspectos procesales», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Tomo I, Primera Edición, JM Bosch, Barcelona, 2008, pp. 277-301.
- POZA CABALLERO, N., «Coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 57, 2022, pp. 99-134.
- PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital,* Primera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN: 978-84-9033-845-2.
- PRENDES CARRIL, P., «La responsabilidad de los administradores concursales en los supuestos de riesgo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Núm. 7, 2018, pp. 167-180.
- PRENDES FIGUEIRAS, L., «Artículo 155. Interrupción de la prescripción», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial,*

Notarial y Registral (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), ISBN 978-84-1346-678-1, pp. 742-745.

- PULGAR EZQUERRA, J., «Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Núm. 30, 2019, pp. 35-70.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal: de ayer y de hoy», *La Ley mercantil,* ISSN-e 2341-4537, Nº. 114 (junio), 2024, pp. 1 a 10 de la edición digital.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Acción individual de responsabilidad de Administradores e ilícito orgánico (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2019)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Núm. 32, 2020, pp. 15-28.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración», *Revista de derecho mercantil,* ISSN 0210-0797, Nº 296, 2015, pp. 135-157.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, ISSN 1698-4188, Nº. 22, 2015, pp. 43-50.*
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 18, 2013, pp. 51-66.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Art. 236. Presupuestos de la responsabilidad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO*

FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1691-1700.

- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1700-1707.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 10, 2009, pp. 19-48.
- REBOLLO DÍAZ, P., «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 11, 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.
- RECALDE CASTELLS, A. J., «Del "Código de Olivenza" a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional –y decepcionante– sobre la reforma del "gobierno corporativo" en las sociedades cotizadas españolas)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, ISSN 0210-0444, pp. 1861-1904.
- RECAMÁN GRAÑA, E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis», *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades,* Monografía núm. 45, 2016.
- RECAMÁN GRAÑA, E., «Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación,* ISSN 1698-4188, Núm. 17, 2012, pp. 311-330.
- RIBAS FERRER, V., «Artículo 226. Deber de lealtad», en *AA.VV., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. por ROJO FERNÁNDEZ, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Civitas, Madrid, 2011, ISBN 978-84-470-3584-7, Tomo I, pp. 1620-1626.

- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Compatibilidad de las acciones de responsabilidad frente al administrador social de sociedad concursada con la responsabilidad concursal», *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, ISSN 1139-0581, Núm. 7, 2006, pp. 21321-21327.
- RODRÍGUEZ, L./ALCÁZAR E./APILÁNEZ E./SÁNCHEZ R., «El proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo», *Boletín Mercantil*, núm. 17, abril 2014, disponible en «https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/newsletters/corporate-bulletin-no-17-april-june-2014?v=1» a fecha 28 de diciembre de 2024, pp. 4-17.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «La delimitación de la figura del administrador de hecho», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 301, 2016, pp. 69-109.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., «Coronavirus: reflexión y propuestas sobre el régimen de funcionamiento ordinario y concursal de las personas jurídicas privadas no cotizadas durante y después del Estado de Alarma (arts. 40 y 43 RDL 8/2020 también tras el RDL 11/2020)», *Diario La Ley*, Núm. 9624, Sección Tribuna, 4 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer, pp. 1 a 41 en edición digital.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D. y HUERTA VIESCCA, M.I., "La responsabilidad por deudas de los nuevos administradores sociales de la sociedad de capital en causa legal de disolución", *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9556, 2020, pp. 1 y ss. de la edición digital.
- ROJO FERNÁNDEZ, A.J., «La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Núm. 42, 2017, pp. 99-111.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., «El concurso de las sociedades profesionales», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Núm. 41, 2017, pp. 29-82.
- RUIZ, L., «Competencia internacional en la responsabilidad de administradores», *El Economista,* 13 de julio de 2018, pp.104-105, disponible a 22 de diciembre de

2024 en «https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2018/07/180713-EL-ECONOMISTA-Competencia-internacional-en-la-responsabilidad-de-administradores-LRM-2.pdf».

- SAAVEDRA LÓPEZ, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Estimación de la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) frente al administrador de una compañía que asumió una importante deuda comercial en estado de insolvencia y a pocos meses de solicitar la declaración de concurso voluntario», en *AA.VV., 2015 Práctica Contenciosa para Abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2014 de los grandes despachos* (Coord. Hierro Hernández-Mora, A.), La Ley, julio 2015, ISBN: 978-84-9020-455-9, pp. 515-530.
- SAAVEDRA LÓPEZ, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., "¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?", *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 43, julio-diciembre 2014, Aranzadi, pp. 303-331.
- SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, núm. Extra 58, 2023, pp. 141-202.
- SALDAÑA VILLOLDO, B., «La prescripción de la responsabilidad por deudas de los administradores», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 299, 2016, pp. 143-174.
- SALDAÑA VILLOLDO, B., «La prescripción de la acción individual de responsabilidad de los administradores: cuestiones en torno a la suspensión del *dies a quo*. (En busca de una sistematización)», *Cuadernos de Derecho y Comercio,* ISSN 1575-4812, Núm. 53, Junio 2010, pp. 167 -191.
- SALDAÑA VILLOLDO, B., «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho», *Revista de Derecho Mercantil*, ISSN 0210-0797, núm. 274, 2009, pp. 1329-1368.

– SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El deber de los administradores de asistir a la junta general. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2016", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, octubre-diciembre 2016, ISSN 0211-6138, pp. 1-24 en edición digital.
– SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2ª Edición, 2007, ISBN 978-84-470-2773-6.
– SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 516-535.
– SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 424-444.
– SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 418-423.
– SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.),* Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), ISBN 978-84-1346-680-4, pp. 415-418.
– SANCHO GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en *AA.VV. Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo,*

15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código del Buen Gobierno de febrero de 2015 (Dir. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUIJANO GONZÁLEZ, J., y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. por RONCERO SÁNCHEZ, A.), Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2, 2016 (Tomo II), ISBN 978-84-9099-513-6, pp. 613-633.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., "Deber de asistencia del administrador a la Junta General (Sentencia núm. 255/2016, de 19 de abril, del Tribunal Supremo/RJ 2016,3848/)", *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, núm. 49, enero-abril 2017, Aranzadi, pp. 281-298.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *AA.VV. Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) (Dir. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L.)*, Madrid, Dykinson, 2015, ISBN 978-84-9085-202-6, pp. 129-143.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «La declaración de concurso y la disolución de la sociedad», en *AA. VV. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo (Coord. por CASTELLANO, M.ª J. y CAMPUZANO, A.B.)*, Tomo III, Civitas, Madrid, 978-84-1162-973-7, 2024, pp. 369 a 406.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «Los efectos del concurso», en *AA.VV. Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.J.)*, Aranzadi La Ley, 2024, Vol. 2, 2024, ISBN 978-84-1078-314-0, pp. 643-669.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «La calificación y la conclusión del concurso. El derecho penal de la insolvencia», en *AA.VV. Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.J.)*, Aranzadi La Ley, 2024, Vol. 2, 2024, ISBN 978-84-1078-314-0, pp. 737-762.

- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «El concurso de acreedores», en *AA.VV. Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.J.)*, Aranzadi La Ley, 2024, Vol. 2, 2024, ISBN 978-84-1078-314-0, pp. 551-568.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Algunas cuestiones en torno al incumplimiento del acuerdo de refinanciación con capitalización de deuda», e*n AA. VV. Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis (COOR. por BERMEJO GUTIÉRREZ, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., RECALDE CASTELLS, A.)*, 2019, ISBN 9788413086187, pp. 383-419.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «Reseña de resoluciones judiciales en materia concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Núm. 41 (Mayo-Agosto 2017), pp. 1-191 en edición digital.
- SANJUAN, E., «La responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades de capital: Reciente evolución jurisprudencial», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 58, 2020, pp. 1-6 en edición digital.
- SANTAELLA SÁEZ, Ó., «Cuestiones prácticas de la responsabilidad del administrador societario para responder de las deudas sociales», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 9403, Sección Tribuna, 25 de Abril de 2019, Wolters Kluwer, pp. 1 a 15 en edición digital.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas», *La Ley Mercantil*, ISSN-e 2341-4537, núm. 3, junio de 2014, pp. 1-3.
- TAGLIAVINI SANSA, R. y GARCÍA MARTÍN, D., «Novedades en materia de calificación concursal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, Núm. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 203-212.
- TOMÁS TOMÁS, S., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. Extra 58, 2023, pp. 85-140.

- TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal (Pr. JIMÉNEZ CONDE, F. y GARCIA ROSTÁN CALVIN),* Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-1391-702-3, 2022.
- TOMÁS TOMÁS, S., «La administración concursal: origen y evolución histórica», *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 1887-2689, Nº. 13, 2015 (Ejemplar dedicado a: A José Ortiz Díaz (1927-2014) y Manuel Ramón Alarcón Caracuel (1945-2015). *In memoriam*, pp. 259-298.
- TOMÁS TOMÁS, S., «Sobre la legitimación de la administración concursal en el concurso», en *AA.VV. Intereses colectivos y legitimación activa (Dir. por CARBONEL PORRAS, E. y Comp. CABRERA MERCADO, R.),* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 695-718.
- TORRUBIA CHALMETA, B., «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: Carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», *Revista de Derecho Mercantil,* ISSN 0210-0797*,* Núm. 287 (Enero-Marzo 2013), pp. 1-25 en edición digital.
- VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 103, Nº 4, 2004, pp. 1055-1076.
- VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores",* La Ley, Madrid, 2008, ISBN: 978-84-9725-019-1, pp. 317-347.
- VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 4, 2006, pp. 15-64.
- VIVES RUIZ, F., «Propuesta de reforma legislativa en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (II)», *El Notario del siglo XXI*, ISSN 1885-009X, núm. 53, enero-febrero de 2014, pp. 14-20.