

# **TRABAJO FIN DE MÁSTER**

## **LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE**



**Autor: Alejandro Álvarez Colsa**

**Tutores: Marta Ortiz Márquez y Guillermo Velasco Fabra**

**Titulación: Máster de acceso a la profesión de abogado**

**Área: Derecho Mercantil**

**Madrid, a 28 de enero de 2020**

# Índice

<b>1. ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	2
<b>2. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>3. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE DERECHO CONCURSAL</b> .....	5
<b>3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS</b> .....	5
<b>3.2. DERECHO COMPARADO</b> .....	6
<b>4. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES</b> .....	7
<b>4.1. LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN</b> .....	8
4.1.1. <i>La formación de la sección de calificación</i> .....	8
4.1.2. <i>Apertura común de la sección de calificación</i> .....	9
4.1.3. <i>Supuesto especial</i> .....	9
<b>4.2. SUSTANCIACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN</b> .....	10
<b>4.3. INFORME DE CALIFICACIÓN</b> .....	10
<b>4.4. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN</b> .....	12
<b>4.5. TIPOS DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO CULPABLE</b> .....	12
4.5.1. <i>El dolo y la culpa grave</i> .....	13
4.5.2. <i>Presunción de calificación culpable del concurso</i> .....	13
<b>5. SUJETOS AFECTADOS POR LA CALIFICACIÓN</b> .....	17
<b>5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA</b> .....	17
5.1.1. <i>Terceros con interés legítimo</i> .....	17
<b>5.2. LEGITIMACIÓN PASIVA</b> .....	18
5.2.1. <i>El deudor</i> .....	19
5.2.2. <i>Toda persona afecta por la calificación del concurso</i> .....	19
5.2.3. <i>Sujetos declarados cómplices</i> .....	20
<b>6. EFECTOS DE LA CULPABILIDAD DEL CONCURSO</b> .....	21
<b>6.1. EFECTOS PERSONALES</b> .....	21
<b>6.2. EFECTOS PATRIMONIALES</b> .....	22
6.2.1. <i>Pérdida de derechos y devolución de bienes</i> .....	23
6.2.2. <i>Indemnización de daños y perjuicios</i> .....	24
<b>6.3. SUPUESTO ESPECIAL</b> .....	26
<b>7. RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y RESPONSABILIDAD SOCIETARIA</b> .....	28
<b>7.1. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD</b> .....	29
<b>7.2. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD</b> .....	30
<b>7.3. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS</b> .....	31
<b>8. CONCLUSIONES</b> .....	34
<b>9. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	37
<b>10. JURISPRUDENCIA</b> .....	39

## 1. ABREVIATURAS Y SIGLAS

<b>AC</b> .....	Administrador concursal
<b>AP</b> .....	Audiencia Provincial
<b>CCom.</b> .....	Código de Comercio 1885
<b>CC</b> .....	Código Civil 1889
<b>CP</b> .....	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<b>JM</b> .....	...Juzgado de lo Mercantil
<b>LC</b> .....	.....Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
<b>LSC</b> .....	Real Decreto Legislativo 1/2000, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
<b>LEC</b> .....	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
<b>MF</b> .....	Ministerio Fiscal
<b>Núm.</b> .....	Número
<b>pp.</b> .....	Páginas
<b>RRM</b> .....	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
<b>TS</b> .....	Tribunal Supremo
<b>Sts.</b> .....	Sentencias

## **RESUMEN**

En este trabajo se procederá al estudio del concurso de acreedores. Conoceremos los motivos que llevan a las entidades a esta situación y, sobre todo, procederemos a analizar la calificación culpable del concurso. Para ello trataremos de realizar un estudio pormenorizado de qué consecuencias acarrea la calificación del concurso culpable y su incidencia en los sujetos afectados por dicha calificación. Las causas y los efectos de la calificación culpable centrarán el grosso de nuestro estudio, mostrando, finalmente, con una finalidad más práctica y visual, un supuesto de hecho que contiene la mayoría de materias tratadas durante el trabajo y que tiene como finalidad mostrar la actuación de los tribunales españoles a la hora de resolver un concurso calificado como culpable.

## **ABSTRACT**

In this work will proceed to study the bankruptcy. We will know the reasons which lead the entities to this situation and, above all, we will proceed to a thorough analysis of the guilty qualification in the bankruptcy, where we count with a detail study about the consequences entail such qualification, how it affects the different subjects and also the contracts with their parties. The causes and effects of the guilty qualification of bankruptcy centre the thickness of our study, finally showing, with more practical and visual determination, a practice case which regulates most of the subjects treated in this work, and which shows the performance of the Spanish courts when they have to resolve a bankruptcy qualified as guilty.

## 2. INTRODUCCIÓN

El Derecho Concursal es una rama cada vez más importante en el mundo jurídico que nos rodea, y eso se plasma en nuestro día a día. Cada vez es más frecuente encontrar noticias y artículos que versan sobre ésta materia o materias conexas (no necesariamente escritos jurídicos).

Cuando se trabaja o se estudia sobre esta materia se ha de tener consciencia de que es compleja y que puede conllevar importantes repercusiones.

El Derecho Concursal ha sufrido a lo largo del tiempo una evolución significativa, pues en sus orígenes tenía una función más inquisitiva y de represión en lo relativo al deudor insolvente, pero se ha ido modificando en favor de una postura más atenuada, apartándose de las medidas con carácter represivo.

Desde su Exposición de Motivos, la Ley Concursal (“LC” en adelante), limita los efectos de la calificación del concurso, introduciéndolo en *“la esfera civil, sin transcender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La Ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en ésta materia”*<sup>1</sup>.

Está delimitación de efectos se mantiene inalterada pese a las sucesivas reformas que ha ido sufriendo la LC. Mantiene por tanto la naturaleza inquisitiva, pues en la calificación concursal se entremezclan el interés público y el privado, llegando incluso a formar parte del procedimiento el MF.

Con este trabajo vamos a profundizar en la calificación del concurso, y más concretamente en el concurso culpable, utilizando una vía teórico-práctica para definir el concepto, ver en qué casos se puede dar y los efectos que genera, obteniendo una visión tanto procesal como sustantiva del concepto.

Formarán parte importante del trabajo la doctrina y la jurisprudencia relativa a éste concepto, con todo lo que engloba, utilizando sentencias y autos de los distintos órganos que tratan ésta materia, además de intentar dar una visión más personal de todo esto, con comentarios a la propia Ley y a las distintas resoluciones, dando finalmente una serie de conclusiones sobre lo que el trabajo ha aportado, que ideas nos han generado más controversia y que solución o ideas veo más acertadas.

La elección del tema se debe a la enorme importancia que ha adquirido en nuestra sociedad la declaración de concurso culpable y las graves repercusiones que dicha calificación pueden conllevar para los sujetos concretamente afectados por la misma. Realidad que ha sido una constante en los últimos años y de la que se ha hecho eco la prensa y distintos medios de comunicación.

Finalmente, dejar constancia de mi interés personal por el Derecho Concursal, lo que justifica en gran medida la elección del tema, en la que también ha pesado mi interés por profundizar en esta rama del Derecho tan compleja y de tanta actualidad.

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos VIII de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

### 3. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE DERECHO CONCURSAL

Para poder realizar un correcto estudio en el trabajo, debemos conocer primeramente la normativa que ha ido existiendo sobre el Derecho Concursal, pues esta evolución normativa es la que ha definido el sistema actual, pues las modificaciones normativas son principalmente mejoras legales que hemos ido realizando o la simple creación de normas debido a las lagunas existentes en esta rama del Derecho, debido a que sufre continuos cambios e incorporaciones.

Además de esto, al igual que ocurre en muchas otras ramas del Derecho, hemos tenido influencia de otros Estados, o, al menos, hemos procurado tener un tipo de legislación similar, regulando los mismos ámbitos e imponiendo castigos muy parejos, sobre todo con Estados Miembros de la Unión Europea (UE).

#### 3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Como sabemos, la ley vigente es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Pero esta no ha sido la primera vez que se ha regulado el concurso de acreedores en España, pues esta es una figura que se conoce desde hace más de un siglo.

El Código de Comercio de 1829 (en adelante CCom.1829) ya hacía mención a este proceso, pero se refería a ello como “*quiebra*”, concepto que ya no es utilizado en la actualidad. Aquí se comenzaba a clasificar la quiebra, dependiendo de la forma en la que se había producido.

También en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC1881) se hacía mención a la quiebra, más concretamente al quebrado, y a un concepto denominado “*arresto del quebrado*”<sup>2</sup>.

Desde entonces la quiebra ha estado presente en las posteriores reformas de ambas leyes, las ya conocidas LEC y CCom., con mejoras y obteniendo una regulación más exhaustiva, pues la realidad social lo exigía, ya que las sociedades empezaban a obtener más poder.

Importante hacer mención a una realidad que no fue modificada hasta el año 2003, y es que hasta entonces, la calificación concursal no se dividía en culpable o fortuita, sino que incluía una variante más, fraudulenta<sup>3</sup>. Este tipo de concurso exigía que el concursado contase con una insolvencia que fuese resultado, en todo o en parte, de haber incluido gastos, pérdidas o deudas (todas ellas no relacionadas directamente con la actividad de la sociedad), u ocultado bienes o derechos en el estado de deudas; haberse apropiado o

---

<sup>2</sup> Art. 1335 LEC1881: “Para el arresto del quebrado se expedirá mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado, arreglado al párrafo segundo del artículo 1.044 del Código de Comercio, en virtud del cual requerirá el ejecutor por ante el actuario al mismo quebrado para que en el acto preste fianza de cárcel segura en la cantidad que el Juez hubiere fijado. Si lo hiciere con persona abonada o dando fianza hipotecaria o en metálico, quedará el quebrado arrestado en su casa; y en su defecto se le conducirá a la cárcel, expidiéndose el correspondiente mandamiento al Alcaide que haya de recibirlo”.

<sup>3</sup> Art. 886 CCom.: “Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebras, a saber: 1.ª Insolvencia fortuita. 2.ª Insolvencia culpable. 3.ª Insolvencia Fraudulenta”.

distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión o administración; haber simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas u obligaciones...<sup>4</sup>.

Pero no solo en el ámbito civil y mercantil podemos encontrar antecedentes del concurso de acreedores, sino que también la legislación penal ha recogido normativa relativa al concurso culpable. Así, podemos encontrar mención en los arts. 260<sup>5</sup>, 261 o 435 CP, entre otros.

### 3.2. DERECHO COMPARADO

Como se ha mencionado en la introducción del epígrafe, no solo en España se regula el concurso de acreedores, ni es de invención legislativa autóctona, sino que gran número de Estados regula esta materia, con sus especialidades, pero, sobre todo, con un guion común, y cada vez más, debido a la globalización en la que está sumida la sociedad actual, donde encontramos sociedades de cientos de países en nuestro territorio.

Esta similitud ocurre especialmente en la UE, donde todos los Estados Miembros nos regimos bajo las mismas normas y tenemos un organigrama común, lo que consigue acercar mucho las medidas para la misma materia de los diferentes Estados.

Así, por ejemplo, en Italia nos encontramos con la especialidad de que existe un régimen especial para el Derecho Concursal, pues este derecho aparece recogido en plenitud en la *Legge Fallimentare*, aunque, supletoriamente, el *Codice Civile* recoge normativa que regula la materia. Sin embargo, se pretende que se produzca una modificación total en la regulación italiana a partir de que se aprobó la *Legge 19 ottobre 2017, n. 155*<sup>6</sup>. Esta Ley pretende actuar como base para ir acercando más la regulación italiana a otras como la española, en busca de una homogeneización.

En Alemania, en cambio, si nos encontramos con una regulación detallada, la cual se recoge en el *Insolvenzordnung*<sup>7</sup>. Dicha norma recoge todos los conceptos que podemos conocer nosotros como estudiosos del Derecho Concursal español, definiendo, por ejemplo, a quien se puede nombrar administrador concursal<sup>8</sup>, donde nos encontramos con la especialidad de que en el Derecho alemán está prohibido nombrar AC a una persona jurídica. Pero, además de esta normativa concreta, se fundamenta en muchas de sus medidas en su CC, denominado *Bürgerliches Gesetzbuch* (también conocido como BGB).

---

<sup>4</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/concurso-fraudulento/concurso-fraudulento.htm>

<sup>5</sup> Art. 260.2 CP: “Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.

<sup>6</sup> <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg>

<sup>7</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/InsO.pdf>

<sup>8</sup> § 56 Bestellung des Insolvenzverwalters. *Insolvenzordnung*: “se nombrará Administrador concursal a una persona física, idónea para el caso concreto, con conocimientos para el tipo de asunto e independiente de los acreedores y del deudor, que deberá ser elegido de entre todas las personas dispuestas a asumir el cargo de Administrador concursal. La disponibilidad para asumir el cargo de Administrador concursal puede restringirse a determinados procedimientos. No quedará excluida la independencia por el hecho de que la persona: 1. haya sido propuesto por el deudor o por un acreedor o 2. antes de la solicitud de apertura del procedimiento haya asesorado al deudor de forma general sobre el desarrollo de un procedimiento de insolvencia y sus consecuencias”.

Bélgica, sigue un modelo muy similar al francés, y ambos se caracterizan por la búsqueda de soluciones del sobreendeudamiento del particular. No es sino hasta que se comprueba que no existe solución alguna cuando directamente los jueces intervienen para determinar un proyecto viable en términos económicos para retornar la situación, delimitado con un plazo máximo de 5 años.

Quizá dentro de nuestros países vecinos el más característico sea Inglaterra, pues en su normativa hace vaga tendencia a nuestra normativa española, teniendo una regulación característica<sup>9</sup>. Su regulación en materia de insolvencia se entiende como un régimen más complejo que el nuestro. Además, es importante recalcar la importancia de la jurisprudencia en el sistema anglosajón, que va generando nuevas normas y criterios a aplicar. Como característica del derecho inglés es que, a diferencia de España, no regula un capital mínimo que se debe aportar a las sociedades, lo que afecta a la hora de determinar la insolvencia<sup>10</sup>.

Por último, cabe hacer mención especial a los Estados Unidos (EEUU), quienes gozan de enorme éxito en materia concursal a la hora de su regulación. Destacan por la concesión de la “*segunda oportunidad*”, la cual tiene una regulación propia<sup>11</sup>. Se requiere que el deudor persona física no supere una cierta cuantía y proponga un plan de pago de sus créditos, plan que no exige la aprobación por parte de los acreedores, y una vez pagados el deudor se libera. Destaca la buena fe en el procedimiento. El *Chapter 11* y el *Chapter 7* es donde tanto las personas físicas como las empresas se acogen para hacer frente a la bancarrota, bajo la supervisión del Juez de Quiebras. Se busca principalmente buscar el equilibrio entre deudor y acreedor que beneficie a ambas partes, intentando que los acreedores reciban bienes para saldar las deudas con ellos que no sean imprescindibles en el patrimonio del deudor, permitiendo así que este pueda continuar con su actividad.

Se puede apreciar por tanto que la regulación es muy dispar entre los distintos Estados, y que cada uno enfoca su regulación a un punto concreto del Derecho Concursal, donde se enfocan en mayor medida.

#### **4. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES**

La calificación del concurso de acreedores resulta de gran relevancia en el procedimiento concursal. Esto es así porque si finalmente el concurso se califica como culpable puede implicar distintos efectos con distinta trascendencia personal y/o patrimonial. Tal y como expresa MARTÍNEZ MUÑOZ, “*la singularidad de la pieza de calificación procede de su consideración como un instrumento al servicio del interés*”

---

<sup>9</sup> Insolvency Act 1986.

<sup>10</sup> § 123 Insolvency Act 1986: “A company is deemed unable to pay its debts: a) if a creditor (by assignment or otherwise) to whom the company is indebted in a sum exceeding £750 then due has served on the company, by leaving it at the company’s registered office, a written demand (in the prescribed form) requiring the company to pay the sum so due and the company has for 3 weeks thereafter neglected to pay the sum or to secure or compound for it to the reasonable satisfaction of the creditor, or; b) if, in England and Wales, execution or other process issued on a judgment, decree or order of any court in favour of a creditor of the company is returned unsatisfied in whole or in part”.

<sup>11</sup> United States Bankruptcy Code.

*público y con una clara finalidad represiva o sancionadora, lo cual aproxima la calificación concursal al campo del Derecho sancionador”<sup>12</sup>.*

La calificación del concurso se regula en el Título VI de la Ley Concursal. Dentro de este título encontramos la subdivisión en capítulos. El primero de ellos es el relativo a Disposiciones generales, y comprende los arts. 163-166; el segundo corresponde a la regulación de la Sección de Calificación, y comprende los arts. 167-173; el último capítulo versa sobre la calificación en caso de intervención administrativa, y se regula en los arts. 174 y 175.

El concurso puede recibir dos calificaciones: culpable o fortuito. El segundo se configura como categoría residual, pues para que se produzca dicha calificación no deben darse ninguna de las circunstancias que determinan el concurso como culpable.

Las distintas fases procedimentales del proceso concursal (común, convenio y liquidación) pueden desembocar en la apertura de la sección de calificación. En el presente trabajo, se pretenderá realizar un estudio exhaustivo de la sección de calificación, en concreto, de la calificación del concurso culpable.

#### **4.1. LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN**

Antes de profundizar en la culpabilidad del concurso, y como punto clave que debemos conocer, es menester detenernos a conocer la sección fundamental del proceso concursal, que, a su vez, es la última<sup>13</sup>, la sección de calificación.

##### *4.1.1. La formación de la sección de calificación*

Esta sección surge por el nombramiento por parte del Juez a través de una resolución formal. Que la sección de calificación aparezca recogida en la Ley Concursal no significa que siempre que se vaya a producir la calificación del concurso esta sección vaya a darse, pues directamente puede llegar a archivarse. La propia Ley Concursal dice que *“por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiéndose igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido”<sup>14</sup>.*

Como hemos indicado, el Juez del concurso es quien ordena la formación de la sección de calificación, pero no es su única intención, pues además de la formación se requiere la aportación de diversa documentación, sin la cual la sección de calificación del concurso carecería de todo sentido. Entre estos documentos nos encontramos con los que

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2019) *La calificación del concurso de acreedores: una institución necesaria*. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor. Página 25.

<sup>13</sup> Artículo 183 Ley 22/2003, Concursal: “La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos”.

<sup>14</sup> Art. 167, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

el propio art. 167.1 LC recoge<sup>15</sup>. Con todo esto, será el propio Juez quien apruebe el convenio lesivo, haciéndolo mediante sentencia, o quien decrete la apertura de la fase de liquidación, esto mediante auto.

#### *4.1.2. Apertura común de la sección de calificación*

La liquidación y los convenios que la Ley Concursal reputa como gravosos son los supuestos en los que se entiende que procede la apertura de la sección de calificación, como recoge el artículo 167.1 LC.

Como excepción se recoge para el supuesto de aprobación de convenio que para los acreedores (no tienen por qué ser todos ellos) se establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos, o una espera inferior a tres años (siempre que no se incumpla).

#### *4.1.3. Supuesto especial*

Conociendo ya los supuestos generales en los que procede la declaración del concurso de acreedores, existe además un supuesto que se podría categorizar como especial, y se recoge en el art. 174.1 LC<sup>16</sup>.

Se dará sin necesidad de concurso, pero se requiere la intervención administrativa del deudor. Digo que se producirá sin la necesidad de concurso, pues esta situación excluye esta posibilidad pues la entidad es de carácter especial, al igual que su regulación. Será la propia administración supervisora quien, tras intervenir y controlar a la entidad, decida sobre la disolución y liquidación de esta.

El legislador entiende que, aunque no se pueden declarar en concurso al igual que el resto de entidades, sí que deben cumplir con la obligación de determinar quiénes han llevado a la entidad a esa situación, para poder conocer el porqué de la generación o agravación de la situación de insolvencia. Será la propia autoridad administrativa quien ponga en conocimiento del juez competente para la declaración esta situación.

Tras ponerle en conocimiento al Juez la situación de la entidad, acordará este de oficio, o bien a petición del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa, la formación de la sección de calificación.

Como podemos comprobar es una formación bastante peculiar, y, por tanto, contará con claras diferencias con la formación de la sección de calificación común. Se producen variaciones en distintos aspectos, como puede ser el plazo para la personación de los interesados o la sustitución del informe del administrador concursal por otro elaborado por la autoridad que ordenó la intervención de la entidad.

---

<sup>15</sup> Art. 167.1 LC: “La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración”.

<sup>16</sup> Art. 174.1 LC: “En los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad”.

## 4.2. SUSTANCIACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

Cuando ya contamos con la formación de la sección de calificación, se debe ahora calificar el concurso, lo que dará paso al punto fundamental de nuestro trabajo. El concurso, como he comentado con anterioridad, podrá calificarse como fortuito o culpable. Así lo recoge el art. 163.1 LC<sup>17</sup>.

La propia LC es la que da las pautas para poder llegar al punto de que se califique el concurso de acreedores. Desde el momento que se acuerda la formación de la sección de calificación *“cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*<sup>18</sup>. Esto se realizará en el plazo de 10 días desde que se tiene conocimiento de la formación de la sección.

Los legitimados para poder personarse en la calificación serán estudiados en este trabajo en el epígrafe siguiente, pero como adelanto hay que entender que la propia LC solo recoge expresamente dos sujetos a los que reserva la pretensión de calificación, mientras que el resto de sujetos lo que realizan realmente son alegación que refuerzan la calificación. Los sujetos que la LC recoge expresamente son el MF y el AC, cuando dice que *“la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación. La oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal”*<sup>19</sup>.

Cuando las partes se hayan personado se habrá de contar con un informe presentado por la AC, que tiene como plazo de máximo de entrega los 15 días previos a la extinción del plazo de personación. Con este informe se da traslado al MF para que emita dictamen, el cual no es obligatorio siempre que coincida en su decisión con el AC (se explicará con más detalle en el epígrafe de las partes). Será el Juez quien finalmente decida si el concurso es culpable o no y cuáles son las consecuencias de su decisión.

Cabe hablar de una especialidad para el caso de incumplimiento de convenio, pues como manifiesta el TS *“la calificación tras la reapertura por incumplimiento o por imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2. 3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado”*<sup>20</sup>.

## 4.3. INFORME DE CALIFICACIÓN

Es importante para comenzar este epígrafe saber que el informe de calificación no es vinculante dentro del procedimiento. Únicamente lo será en el supuesto de que el informe

---

<sup>17</sup> Art. 163.1 LC: *“El concurso se calificará como fortuito o como culpable”*.

<sup>18</sup> Art. 168.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>19</sup> Exposición de Motivos VIII de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>20</sup> STS (Sala Civil) núm. 276/2016, de 13 de abril.

esté de acuerdo con el Ministerio Fiscal al emitir su dictamen, y que ambos determinen que la calificación del concurso se declara como fortuito.

Ya sabemos que se requiere la personación de los interesados para proseguir con el procedimiento de calificación. Pues bien, la Ley Concursal dice que, en el plazo de 15 días tras la personación, será el Administrador Concursal quien presente al juez el informe. Como especialidad si se solicitase la calificación como culpable, debemos acudir al art. 169.1 LC<sup>21</sup>, que exige que se expresen los sujetos afectados y se justifique la causa, además de determinar los daños. Este plazo de 15 días comenzará a computar tras poner en conocimiento de la AC la admisión o rechazo de los escritos de personación, alegando que *“si el segundo plazo comienza a correr automáticamente cuando finaliza el primero, generaría gran inseguridad y supondría un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción por parte de la administración concursal, habida cuenta de la brevedad de los plazos en cuestión y las dificultades de la administración concursal para conocer el hecho relevante para el cómputo de los plazos de cuyo transcurso se hace depender el inicio a su vez del plazo que se le concede para formular el informe previsto en el art. 169.1 de la Ley Concursal”*<sup>22</sup>.

Parece lógica la conclusión a la que llega el TS, pues el cómputo del plazo de *dies a quo* imposibilita el conocimiento de la resolución judicial por el AC desde el primer día, viéndose afectada la tutela judicial efectiva. Personalmente considero que la interpretación en este punto por parte del TS era totalmente necesaria, aunque es cierto que excede en sus competencias, opinión que comparten autores como HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA<sup>23</sup>, que remarcan que es el legislador quien ha de conocer de esto. Es por esto que la modificación legislativa en este punto es del todo necesaria, pues mientras la legislación no se modifique, todas las resoluciones que la contradigan, aunque desde mi punto de vista sean acertadas, serán carentes de apoyo legal.

El informe de la AC es como una demanda, pero no se exige que cumpla los requisitos que recoge la LEC. La jurisprudencia<sup>24</sup> únicamente exige que el informe recoja el *petitum* y la *causa petendi*. Algunos autores exigen además que se debe incluir siempre el resto de pretensiones que interesa que se resuelvan en la sentencia de calificación, como MUÑOZ PAREDES<sup>25</sup>. Para completar el informe y justificar lo solicitado, se debe acompañar de documentación, como expresé con anterioridad. Esa documentación ha de ser complementaria a la incluida en los Autos del concurso, y si se da el caso de que las otras partes contesten, se puede añadir nueva documentación basándose en el artículo 265.3 LEC<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Artículo 169.1 LC: *“Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores”*.

<sup>22</sup> STS (Sala Civil) núm. 122/2014, de 1 de abril.

<sup>23</sup> HUERTA VIESCA, M.I. y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2015) “El plazo para la emisión del informe-demanda de calificación concursal del artículo 169.1 LC”. Diario *La Ley*, sección tribuna. Págs. 1-11.

<sup>24</sup> SAP Asturias núm. 421/2010, de 20 de diciembre; SAP Jaén núm. 55/2008, de 10 de marzo.

<sup>25</sup> MUÑOZ PAREDES, A. (2015) “Protocolo concursal”. Oviedo. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

<sup>26</sup> Artículo 265.3 LEC: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda”*.

#### 4.4. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN

La sentencia de calificación es el punto final de la fase de calificación del concurso, pues aquí es donde se decide qué tipo de concurso de acreedores es ante el que nos encontramos. En este punto comienza la parte más concreta de este trabajo, pues a partir de aquí ya podemos hablar del concurso como culpable.

Pero no es lo único sobre lo que el juez decide, pues además deberá añadir quienes son los sujetos afectados por la calificación y quienes pueden surgir como cómplices (Vid. Epígrafe 4). Estará totalmente injustificado extender los efectos de la calificación a sujetos no incluidos en esta sentencia de calificación.

La declaración culpable del concurso conlleva la inhabilitación de los sujetos que recoja en la propia sentencia, pero siempre en relación con los bienes ajenos<sup>27</sup> y no con los propios.

La condena a las personas afectadas por la culpabilidad del concurso es necesaria, recogiendo la indemnización por daños y perjuicios y a la cobertura del déficit concursal, siendo estas precisiones a petición de parte, sin que el juzgador pueda pronunciarse de oficio<sup>28</sup>. El problema principal que se genera en este sentido es la difícil delimitación de las cantidades a abonar por la culpabilidad del concurso, y hablamos de problema pues la ausencia en este sentido de legislación y normativa genera que cada tribunal y órgano realice la interpretación y el cálculo de una forma distinta y muy subjetiva, lo que imposibilita tener a día de hoy un criterio unificado. Lo mismo ocurre en lo relativo a costas, pero en este ámbito sí que algunos autores han intentado generar un criterio unificado.

Por último remarcar que la condena es individualizada, y así lo expresa la propia LC en su art. 172 bis, con la especialidad para la exoneración de la responsabilidad societaria en los órganos de administración, recogido en el art. 237 LSC<sup>29</sup>.

#### 4.5. TIPOS DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO CULPABLE

La calificación del concurso como culpable es una de las dos vías que puede tomar una sociedad que se encuentra en situación de concurso. Para que se produzca ésta calificación se requiere que se genere o agrave el estado de insolvencia de la sociedad, mediando, siempre, dolo o culpa grave del deudor o de los representantes legales de ésta, si es que los hubiera. Si la sociedad se tratase de una persona jurídica también cabría la calificación como culpable si incurrieran en dolo o culpa grave sus administradores o liquidadores (de hecho, o de derecho), sus apoderados generales, cualquiera que en los

---

<sup>27</sup> Artículo 172.2. 2º LC: “La inhabilitación de las personas 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, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos”.

<sup>28</sup> PRENDES CARRIL, P. (2014) *Practicum concursal*. Aranzadi. Cizur Menor. Págs. 742 y 743

<sup>29</sup> Art. 237 LSC: “Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto 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”.

dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso hubiese tenido una de éstas condiciones o sus socios. Así lo recoge la Ley Concursal en su artículo 164.1.

#### 4.5.1. *El dolo y la culpa grave*

Lo fundamental que se debe conocer antes de entrar en el fondo del asunto es que se entiende por dolo y por culpa grave a la hora de calificar un concurso como culpable, pues una clarificación de lo que engloban éstos conceptos nos ayudará a comprender mucho mejor el asunto a tratar en éste trabajo.

El dolo debemos entenderlo como la mala fe, como la infracción intencionada y antijurídica de la obligación<sup>30</sup>. No requiere el conocimiento por parte del deudor doloso de la gravedad del daño para que se pueda producir el dolo, pues, como el CC recoge “*en caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*”<sup>31</sup>. Basta con que se percate del resultado contrario a derecho. La jurisprudencia entiende el dolo como “*consciente, directa e injustificada negativa del deudor*”.

La culpa (o negligencia) en cambio es la omisión de la diligencia que exige la obligación, o, en su defecto, la diligencia que correspondería a un buen padre de familia. Para que se produzca la calificación culpable del concurso se exige que exista culpa grave en defecto de dolo, lo que no engloba a la culpa con carácter general, aunque más adelante comprobaremos que existen diversos tipos de culpa equiparables.

Pero, inicialmente, entenderemos que para que se produzca la calificación culpable la culpa ha de ser grave, es decir, aunque no se requiere ser consciente de los efectos que producirá, si se requiere ser consciente del acto que se va a realizar y considerar que cabe la posibilidad (no una posibilidad pequeña) de que se produzca un efecto no amparado en Derecho.

#### 4.5.2. *Presunción de calificación culpable del concurso*

La LC recoge una serie de supuestos en los cuales se entiende la existencia de una acción en la que se actúa con dolo o culpa grave, por lo que se comprende que la calificación del concurso será culpable. La Ley diferencia entre su articulado en presunciones en las que cabe prueba en contrario (es decir, el propio deudor puede demostrar que no se ha incurrido en ninguno de los dos elementos subjetivos antes mencionados) y aquellas en las que la presunción es *iuris et de iure*, en las cuales el deudor no podrá alegar nada, se incurrirá directamente en dolo o culpa grave y el concurso se calificará como culpable.

---

<sup>30</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (2012) *Derecho de obligaciones II, Volumen I: Parte General*. Dykinson. Madrid. Pág. 170

<sup>31</sup> Art. 1107 CC.

#### 4.5.2.a) Presunciones iuris tantum

Nos ayudará el art. 165 LC a enumerar una serie de supuestos en los cuales se presume el dolo o la culpa grave, siendo éstas presunciones *iuris tantum*. Al haber prueba en contrario, deberá ser el deudor el que pruebe que dicho elemento subjetivo no existe. Es importante entender, antes de conocer los diferentes supuestos que recoge la LC, que se exige la relación causal entre la conducta y la aparición de la insolvencia o, en su caso, la agravación de esta. Así lo recoge el TS, cuando dice que “*el art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable*”<sup>32</sup>. Con esta base jurídica asentada, es necesario el conocimiento y el estudio de cada uno de los supuestos recogidos en la propia LC.

Estos supuestos son:

- El incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso → Corresponderá en éste supuesto demostrar al deudor que no existió dolo ni culpa grave cuando se retrasó en la solicitud del concurso. Se entiende que se retrasa cuando transcurre el plazo recogido legalmente para ello. Dice el art. 5.1 LC: “*El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*”. Es por eso que pasados dos meses se presumirá que existe dolo o culpa grave, lo que acarreará la calificación del concurso como culpable. Se refleja claramente que no es necesario “*que deban probarse las acciones u omisiones cometidas por el sujeto responsable, la relación de causalidad y el daño producido, pues, por efecto de la citada presunción legal, la carga de desvirtuar la culpa o negligencia corresponde al sujeto responsable del concurso*”<sup>33</sup>.
- La violación del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no facilitarles la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o el no asistir a la junta de acreedores → Aquí es relevante que no se requiere probar la generación o agravación de insolvencia, pues “*la segunda conducta de incumplimiento del deber de colaboración se desarrolla siempre después de que se haya declarado el concurso y por lo tanto nunca habrá influido en la generación o agravación de la insolvencia*”<sup>34</sup>.
- En relación con la llevanza de la contabilidad, cuando hay ausencia de formulación de las cuentas anuales, la no sumisión a auditoria de las cuentas anuales cuando debería hacerlo o el no depositarlas en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios → La jurisprudencia desarrolla este supuesto, incluyendo nuevos casos que se realizan con dolo o culpa grave, como “*la presunción de que al no haberse aportado al procedimiento los correspondientes*

---

<sup>32</sup> STS (Sala Civil) núm. 614/2011, de 17 de noviembre.

<sup>33</sup> SAP Lleida núm. 2/2010, de 4 de enero.

<sup>34</sup> SAP Barcelona, núm. 50/2009, de 30 de enero.

*Libros, pese al requerimiento efectuado al administrador de la deudora, tal inactividad solo puede imputarse a la inexistencia de los mismos, negando validez a tales efectos a la aportación de una serie de documentos presentados en el acto de la vista*<sup>35</sup>. Esta falta de aprobación de cuentas no excluye la aplicación de la presunción de dolo o culpa grave.

- La negativa sin causa razonable del socio o administrador a que se capitalicen los créditos o a que se emitan valores o instrumentos convertibles, siempre que se frustrate la consecución de un acuerdo de refinanciación recogido en el art. 71 bis LC o en la disposición adicional cuarta, o un acuerdo extrajudicial de pagos → Para que la negativa determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo debe reconocer en favor de los socios un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones, o, sino, sobre los valores o los instrumentos convertibles.

Para finalizar con lo relativo a éstas presunciones se ha de aclarar que, la Ley, en éstos supuestos, lo único que cubren es el elemento subjetivo, esto es, solo buscan la existencia del dolo o la culpa grave, pero no buscan el resto de requisitos. Por tanto, *“las presunciones del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados”*. Se debe aclarar, eso sí, que *“aun cuando no se acredite la concurrencia de ninguna de las presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, como es obvio, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria fuera del amparo de las presunciones legales”*<sup>36</sup>. Esto significa que no necesariamente se tiene que producir una agravación de la insolvencia o una generación de ésta.

Como vemos, la jurisprudencia menor no exige el agravio o generación de la insolvencia, mientras que el TS sí, por lo que esta doctrina controvertida supone un punto a tratar en el Derecho español, pues la propia norma no despeja esta duda.

#### 4.5.2.b) Presunciones iuris et de iure

Ahora que conocemos los supuestos que la propia Ley Concursal recoge como presunciones en los que existirá culpa grave o dolo del deudor, nos encontramos con que no son los únicos supuestos en los que se puede incurrir en la calificación culpable del concurso. Y digo que no son los únicos pues, si retrocedemos en el articulado de la Ley vemos, en su artículo 164.2, que recoge supuestos en los que, si se incurre, directamente el concurso pasará a ostentar la calificación de culpable. Son, por tanto, presunciones *iure et de iure*, donde no cabrá prueba en contrario. En la práctica son los supuestos más utilizados para la declaración culpable del concurso, porque su simple demostración no genera dudas. El legislador, conociendo los objetivos que se deben cumplir, ha decidido que *“el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente*

---

<sup>35</sup> SAP Guipúzcoa núm. 2283/2009, de 15 de septiembre.

<sup>36</sup> SAP Córdoba núm. 321/2008, de 28 de marzo.

*reprochables por parte del deudor o, si es una persona jurídica, de su administrador o liquidador, han de suponer, en todo caso, su calificación como culpable*<sup>37</sup>:

Se presume culpa:

- Cuando el deudor obligado a llevar la contabilidad incumpla dicha obligación, lleve doble contabilidad o cometa alguna irregularidad relevante para conocer la situación patrimonial o financiera. Esto *“presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida la comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad”*<sup>38</sup>. El mero retraso en la formulación de cuentas o en su depósito no conlleva directamente la calificación como culpable.
- Cuando el deudor cometa inexactitud grave en la documentación que acompaña a la declaración de concurso o, directamente, aporte documentos falsos<sup>39</sup>.
- Cuando se produzca incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado en la apertura de liquidación acordada de oficio.
- Cuando el deudor se alzase con parte o la totalidad de los bienes en perjuicio de sus acreedores o, directamente, dificulte o impida la eficacia del embargo de estos. En relación con el alzamiento, la jurisprudencia determina que debe ser previo a la declaración de concurso, como lo expone la SJM Pontevedra de 9 de julio de 2010<sup>40</sup>.
- Cuando hayan salido fraudulentamente bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores. El hecho para la calificación culpable concurrirá *“siempre que, (...), el responsable se percate de que con la salida de bienes no les quedará activo suficiente para saldar las deudas; así como que cuando se realizaron las transmisiones, la situación por la que atravesaba, permitía ver que las mismas suponían vaciar patrimonialmente a la sociedad y consecuentemente perjuicio a los acreedores, además del lapso temporal correspondiente”*<sup>41</sup>.
- Cuando el deudor haya realizado cualquier acto jurídico dirigido a disimular una situación patrimonial ficticia antes de la declaración del concurso. La AP de Valladolid, en su sentencia núm. 294/2010, de 21 de octubre, va más allá y declara como deben ser estos actos<sup>42</sup>, sin considerar al error casual o irrelevante, requiriendo su notoriedad e intención..

A diferencia de los supuestos que se recogen para la calificación culpable del concurso del artículo 165 LC, aquí no es necesaria la valoración, supuesto por supuesto, de la concurrencia del dolo o de la culpa grave, siempre que estos elementos sean distintos de la propia conducta que se califica como grave. Ha sido, además, el propio Tribunal

---

<sup>37</sup> SAP Madrid, Sección 28ª, núm. 298/2009, de 4 de diciembre.

<sup>38</sup> SJM Alicante núm. 11/2011, de 13 de enero.

<sup>39</sup> Artículo 261 CP: *“El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”*.

<sup>40</sup> SJM Pontevedra, de 9 de julio de 2010: *“El alzamiento de bienes tiene que ser anterior a la declaración de concurso para que este pueda ser calificado como culpable con fundamento en esta norma, habida cuenta de que declarado el concurso la administración concursal dispone, en todo caso, de facultades suficientes para impedir este tipo de actos perjudiciales para la masa activa”*.

<sup>41</sup> SAP Jaén, Sección 1ª, núm. 198/2010, de 28 de septiembre.

<sup>42</sup> SAP Valladolid, núm. 294/2010, de 21 de octubre: *“No se trata de un simple error o una alteración contable casual e irrelevante, sino de una importante e intencionada manipulación con el fin de aparentar una solvencia que no era real”*.

Supremo el que se ha encargado de dictar que no se exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma para su calificación<sup>43</sup>.

## 5. SUJETOS AFECTADOS POR LA CALIFICACIÓN

La sentencia de calificación culpable del concurso establece necesariamente el ámbito subjetivo del concurso. Estos sujetos pueden dividirse en grupos, siendo los sujetos que están legitimados activamente, el deudor concursado y “*los cómplices*”<sup>44</sup>.

### 5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa en la calificación del concurso está delimitada por la LC, estando legitimados activamente el AC y el MF, quienes están obligados a cumplir una serie de obligaciones, como la presentación de informes y dictámenes. Así se recoge en el artículo 169.1 LC<sup>45</sup>.

Al Administrador Concursal se le atribuye en la Ley la conducción procesal de la pretensión de calificación. Esta conducción se lleva a través de un informe, con el que se le permite plantear la pretensión de calificación. El informe debe contener hechos relevantes para la calificación. Si el AC entiende que los hechos constatados no justifican la declaración de la culpabilidad del concurso, el informe deberá utilizarse para solicitar el archivo de la pieza de calificación.

El Ministerio Fiscal es el encargado de emitir un dictamen tras el informe emitido por el AC, con un máximo de diez días, aunque este plazo puede prorrogarse por diez días más. La diferencia más significativa del Ministerio Fiscal respecto del Administrador Concursal es que el primero no está obligado a la emisión del dictamen, pues, si decide no emitirse en el plazo convenido, el proceso continuará. Su legitimación queda limitada únicamente a la formulación de la calificación del concurso y a la solicitud de inhabilitación que considere conveniente.

#### 5.1.1. Terceros con interés legítimo

Aunque los principales sujetos legitimados activamente son los mencionados en el apartado anterior, la propia Ley Concursal permiten la personación de otros sujetos, los

---

<sup>43</sup> STS (Sala Civil) núm. 447/2007, de 7 de febrero.

<sup>44</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A. (2012) *Insolvencia y responsabilidad*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor. Págs. 66-67.

<sup>45</sup> Art. 169.1 LC: “Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores”.

acreedores o las personas que ostenten interés legítimo en la calificación culpable del concurso. Así se recoge en el art. 168.1 LC.

Los acreedores no tienen que llevarnos a una extensa explicación, pues se calificará así a cualquier sujeto con personalidad al que se le deban créditos por parte de la concursada. Los titulares de créditos no reconocidos podrán personarse y ser parte en la sección sexta pero no como acreedores. Deberán estos sujetos acreditar la existencia de un interés legítimo digno de protección<sup>46</sup>.

Más dudas puede generar el concepto de tercero con interés legítimo, pues en éste se incluyen tanto a los socios y partícipes de la concursada, como a los representantes de los trabajadores, además del cónyuge del deudor<sup>47</sup>.

Es importante recalcar que ninguno de los sujetos comentados en este epígrafe tienen la facultad de formar la sección de calificación, pero podrán formar parte desde el momento de su personación, utilizando la normativa concursal un criterio en sentido amplio y permitiendo que lo alegue por escrito cuanto considere relevante. Acorde a este criterio es la interpretación que realiza el JM núm.3 de Vigo, en sentencia de 11 de septiembre de 2013<sup>48</sup>, siendo ésta quizá la sentencia que lo clarifica con más fuerza, pero es una opinión aceptada en tribunales de mayor instancia también.

## 5.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Para que exista una legitimación pasiva en este procedimiento es necesario que la sección de calificación continúe. Por esto, se requiere del AC y del MF para que tengan opinión unánime, en sus escritos, sobre la calificación del concurso, y que, además, dicha calificación no sea fortuita<sup>49</sup>.

Si esto se da, el procedimiento continuará, y aparecerán como sujetos pasivos tanto el deudor como toda persona que pueda resultar afectada por la calificación del concurso, además de los sujetos declarados cómplices, como se desprende del art. 170.2 LC.

Para que como sujetos pasivos aparezcan, además del deudor, los cómplices y las personas que estén afectadas por la calificación del concurso, debe deducirse pretensión en el informe del AC necesariamente (y en el dictamen del MF, si lo hubiese). Si contra ellos no se dirige la pretensión, entiende la doctrina mayoritaria que no se calificarán como sujetos pasivos, dado que el juez no puede ampliar de oficio la demanda a terceros ajenos no demandados<sup>50</sup>. Esto es fundamental, pues en la práctica jurídica los informes y dictámenes de la AC y del MF, respectivamente, se focalizan en la objetividad de la

---

<sup>46</sup> ROJO, A.-BELTRÁN, E. (2004) *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Civitas. Madrid. Págs. 1556-1558.

<sup>47</sup> El cónyuge del deudor únicamente se considera tercero con interés legítimo en los supuestos de declaración del concurso de una persona física.

<sup>48</sup> SJM Vigo núm. 367/2013, de 11 de septiembre: “(...) *La explicación del sistema ha de verse en que los acreedores y los terceros interesados no son titulares de un derecho subjetivo sobre la calificación del concurso. Este derecho solo lo tiene la masa pasiva, que actúa a través de la administración concursal y, en la medida en que confluyen intereses públicos, el Ministerio Fiscal*”.

<sup>49</sup> Art. 170.1 LC: “*Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno*”.

<sup>50</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2009) *La calificación del concurso de acreedores*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs. 97 y 98.

calificación concursal más que en el ámbito subjetivo, el cual, como hemos indicado, requiere de una especificación igual de clara.

Si tras ser emplazados, no compareciesen, serán declarados en rebeldía, y se continuará el curso de las actuaciones sin notificarles nuevamente, perdiendo la oportunidad procesal.

#### *5.2.1. El deudor*

Es el sujeto central del proceso, persona implicada directamente en el procedimiento y a quien la calificación culpable más efectos produce. Es quien contrae obligaciones con los acreedores y quien, además, debe responder, por ser responsable, de su pago y de la imposibilidad de realizarlo.

Si la concursada es una persona física, recae la calificación directamente en ella, mientras que, si recae sobre una persona jurídica, la LC, en su art. 172, se encarga de delimitar las personas que son afectadas por la calificación y que soportarán las consecuencias.

#### *5.2.2. Toda persona afecta por la calificación del concurso*

Esta figura corresponde al sujeto que, no siendo directamente el deudor, tiene una vinculación directa con él, incluso está dentro del propio organigrama si el deudor es una persona jurídica. Los principales afectos son los administradores y liquidadores de la sociedad concursada, sin importar que sean de hecho o de derecho.

No es compleja su identificación si se trata de un cargo de derecho, debido a las formalidades requeridas, pero plantea problemas si tanto el liquidador como el administrador actúan de hecho, pues no existe ningún tipo de formalidad.

Entiende LATORRE CHINER que el órgano de administración es una institución formal, es decir, sujeta a ciertas formalidades impuestas por la LSC y el RRM, de tal suerte que no se permite que los sujetos que no estén formalmente instituidos en tal posición actúen como tales<sup>51</sup>. Pero, a pesar de esto, en numerosas ocasiones, surgen conflictos cuando la persona que actúa como administrador no está facultada, legal o estatutariamente, para la realización de las funciones del cargo.

El administrador de hecho es quien carece de nombramiento regular, pero ejerce de forma directa, independiente y sin oposición de la sociedad, el poder de decisión del administrador o liquidador de derecho, así lo dice GARCÍA-CRUCES. El administrador de hecho se asemeja en la práctica al liquidador de hecho, que es aquel que ejerce funciones de liquidación de los activos sociales sin estar formalmente habilitado para tal fin<sup>52</sup>. Esta figura era desconocida por el Derecho de Sociedades hasta la entrada en vigor de la Ley

---

<sup>51</sup> LATORRE CHINER, N. (2003) *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. 1ª Edición. Comares. Granada. Pág. 2

<sup>52</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2019) *La calificación del concurso de acreedores: una institución necesaria*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. Pág. 252.

31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Se comienza a aunar la institución que contaba previamente con una doble perspectiva, formal<sup>53</sup> y material.

Recalcar que, tal y como se recoge en la STS 924/2005<sup>54</sup>, de 24 de noviembre, en su fundamento jurídico cuarto, es necesaria la prueba de que realiza realmente la actividad, sin ser suficiente la mera ejecución de actividades de gestión y representativas. Se incluirán también dentro de esta figura a los que, sin ocupar formalmente el cargo, de hecho, controlasen y gobernasen la sociedad, así como a los que ejercieren una influencia decisiva sobre los administradores de derecho<sup>55</sup>.

### 5.2.3. Sujetos declarados cómplices

Como último sujeto pasivo del procedimiento de declaración de concurso culpable nos encontramos con los cómplices, pues, en muchas ocasiones, el deudor no actúa solo, sino ayudado de terceros que prestan su colaboración activa.

Nos puede generar confusión pensar en esta figura como el sujeto que se ve afectado por la calificación del concurso como culpable, pero es la propia LC la que define a este tipo de sujeto, considerándose cómplice a *“las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*<sup>56</sup>.

Es necesario por tanto que el sujeto coopere con el deudor, obre conjunta o favorablemente para alcanzar un fin determinado. Así, GONZÁLEZ HUEBRA dice, para hacer mención del cómplice, que *“existen actos que no es posible que ejecute el quebrado por sí solo, sino que tienen que tomar parte en ellos otras personas que le ayuden a perpetrar delitos en qué consisten y a los que indispensablemente ha de alcanzar también la responsabilidad”*<sup>57</sup>. De todo esto podemos extraer que en este aspecto la Ley utiliza un clausulado general y abierto, pudiendo considerarse cómplice a todo sujeto que, mediando dolo o culpa grave, colabore.

Se extrae por tanto que no existirá complicidad en supuestos de culpa leve, sin contar con conocimiento de tal circunstancia o siempre que actúe sin consentimiento<sup>58</sup>. Además,

---

<sup>53</sup> RDGRN de 24 de junio de 1968, que estimó la válida convocatoria de la junta general efectuada por administradores con cargo caducado para favorecer la conservación de la empresa y evitar su disolución.

<sup>54</sup> STS Sala Civil núm. 924/2005, de 24 de noviembre: *“en el ámbito societario puede aparecer la figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiriéndose para poder apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a efectos de establecerlas consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal más apto es la prueba indiciaria, a la que para nada se refiere la sentencia de apelación”*.

<sup>55</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2006) *“Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”*, en *Gobierno corporativo y crisis empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*. Madrid. Págs. 291 y ss.

<sup>56</sup> Artículo 166, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>57</sup> GONZÁLEZ HUEBRA, P. (1856) *Tratado de quiebras*. Ureña. Madrid.

<sup>58</sup> DÍAZ GÓMEZ, M.A. Y MIGUÉLEZ DEL RIO, C. (2012) *“La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”*. *Pecvía*. 14. Pág. 155

no se entenderá cómplice cuando tenga una actuación diligente, pudiendo existir reproche por el deudor de no hacerlo. “*Por ello es fundamental la imputación de la cooperación a título de dolo o culpa grave*”<sup>59</sup>, para el cumplimiento de la imputación subjetiva.

## 6. EFECTOS DE LA CULPABILIDAD DEL CONCURSO

Una vez que conocemos los sujetos y el procedimiento para calificación concursal, lo principal a estudiar es el efecto que va a provocar que se haya calificado como culpable el concurso. Los efectos tienen una afectación tanto a la esfera personal como patrimonial del deudor, por lo que vamos a proceder a estudiar cuáles son todos ellos y la medida en la que afectan.

### 6.1. EFECTOS PERSONALES

Los efectos personales de la calificación culpable del concurso son fáciles de deducir y comprobar, pues tiene un único efecto, obvio partiendo de la LC, la inhabilitación para poder administrar bienes ajenos. Esta inhabilitación incluirá la misma para representar a cualquier persona durante el periodo que recoge la LC y la inhabilitación para el ejercicio del comercio, como recoge la STS de 18 marzo de 2015<sup>60</sup>.

Este efecto ya se había mencionado con anterioridad en el trabajo, pues se recoge en el art. 172.2 LC, pero es de reiterar debido a su importancia. Como ya hemos mencionado esto no afecta a los bienes propios del concursado, los cuales podrá seguir gestionando, sino que únicamente afecta a los bienes ajenos.

Como menciona el autor MARCO ANTONIO TERRAGNI, la inhabilitación consiste en la privación de derecho o la suspensión de un ejercicio a raíz de la comisión de un hecho antijurídico que la ley califica como delito<sup>61</sup>. En este caso la inhabilitación proviene de una mala gestión y conducta del concursado, que no ha administrado los bienes de la sociedad correctamente. Será el juez quien determine la inhabilitación “*atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio*”<sup>62</sup>. La gravedad determinará una inhabilitación de entre 2 y 15 años.

Cabe remarcar que se permite, excepcionalmente, eso sí, que la inhabilitación no sea inmediata, y que la sentencia de calificación permita al inhabilitado seguir al mando de la empresa o bien continuar como administrador de esta, pero cumpliéndose lo requerido en el art. 172.2.2º LC<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> SAP de Vizcaya, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 2008.

<sup>60</sup> STS (Sala Civil) núm. 128/2015, de 18 de marzo: “*El Juzgado de lo mercantil dictó sentencia, calificando el concurso como culpable, confirmando como personas afectadas las propuestas por la administración concursal, e inhabilitándoles por un periodo de tres años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona*”.

<sup>61</sup> <https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>

<sup>62</sup> SJM Madrid núm. 1, de 16 de enero de 2007

<sup>63</sup> Art. 172.2. 2º LC: “*En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada*”.

Se debe hacer hincapié en una especialidad que la propia LC recoge y que resulta en nuestros días cada vez más frecuente, dada la intervención de sujetos en diversas entidades, y es la declaración de concurso culpable de varias empresas, que acarreará la inhabilitación múltiple, determinándose que el periodo será la suma de cada uno de ellos<sup>64</sup>.

Pero no solo el concursado se puede ver afectado por la inhabilitación, sino que todo sujeto que se vea afectado por la calificación del concurso podrá sufrir este tipo de sanción también. No se aplicará la inhabilitación a los cómplices, pero, y aunque la normativa no lo incluye, se desprende de la lógica que el deudor, que el causante del origen o la agravación de la insolvencia con su conducta, así como sus representantes legales, sean inhabilitados<sup>65</sup>. Esto en lo relativo al deudor persona física, pues si se trata de un deudor persona jurídica, la inhabilitación afectará a los administradores y liquidadores de hecho y de derecho, a los que hicimos mención en el epígrafe de sujetos intervinientes en la calificación concursal.

Finalmente, una vez transcurrido el plazo previsto en la sentencia, se procederá de nuevo a la habilitación a través de resolución judicial. Si, por el contrario, el inhabilitado incumpliese la sanción impuesta, provocará el incumplimiento de una prohibición legal, dando lugar a la nulidad del acto, siendo esta “*automática, absoluta, originaria y estructural, determinando la ineficacia ipso iure de los mismos*”<sup>66</sup>. Continúa la propia STS de 15 octubre de 2015, además, indicando que la inhabilitación no se trata de incapacitación, sino que el sujeto goza de plena capacidad, pero ha realizado una actuación dolosa que ha afectado en la agravación del estado de insolvencia<sup>67</sup>.

## 6.2. EFECTOS PATRIMONIALES

Además de la sanción de inhabilitación, la cual afecta a la esfera personal del concursado, nos encontramos con dos efectos más, consecuencia de la calificación culpable del concurso, como son la pérdida de derechos y la indemnización por daños y perjuicios, consecuencia que afecta a la esfera patrimonial del concursado, y cuya finalidad es paliar los daños que han surgido a raíz del concurso y que afectan a los acreedores. A continuación, procederemos al estudio de estos dos efectos por separado, para poder profundizar en cada uno de ellos y comprender el alcance y las especialidades con las que cuentan, al igual que hemos hecho con los efectos personales.

---

<sup>64</sup> Artículo 172.2. 2º: “En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos”; STS núm. 327/2015, de 1 de junio.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2013) “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. Págs. 453 y 454.

<sup>66</sup> STS (Sala Civil) núm. 722/2005, de 15 de octubre.

<sup>67</sup> STS (Sala Civil) núm. 722/2005, de 15 octubre: “(...) no es un estado civil, ni equivale a una incapacitación, sino que constituye una prohibición legal que implica la nulidad de los actos de administración y disposición que realice el quebrado a partir de la fecha de la declaración, así como de los que pueda haber llevado a cabo desde aquella otra anterior a la que se retrotraigan sus efectos”.

### 6.2.1. Pérdida de derechos y devolución de bienes

Desde la apertura de la fase de calificación, además del propio castigo al deudor, lo que se busca es la compensación al acreedor y, para esto, la principal medida es la retirada de todos los derechos que ostentaba el concursado y sus cómplices en relación a la masa, para así evitar que sigan generando daño alguno.

No se debe hacer mención especial a ningún derecho ni a ningún acto, pues no existe límite o definición para este supuesto. Se verán afectados todos los derechos, sin importar la gravedad de la acción o el dolo con el que se actuó. Así se desprende del art. 172.2.3º LC<sup>68</sup>.

La medida que se toma en esta ocasión tiene una finalidad clara, el castigo por un comportamiento irregular que ha conllevado al agravamiento o generación de la insolvencia. Se genera la cancelación total de los créditos y, además de este tipo de derecho, todo derecho que pueda llegar a estar ligado, aunque sea de forma muy lejana (como el derecho de alimentos).

Aunque la doctrina con carácter general entiende que no es necesario solicitar este tipo de sanción, hay resoluciones que tienen una opinión contraria, considerando que *“salvo en lo relativo a la inhabilitación, que puede ser considerada materia de orden público económico –de modo que aunque no exista petición o ésta sea genérica la sentencia ha de declarar la inhabilitación, si bien en el grado mínimo de 2 años-, la administración concursal ha de detallar en su informe sus concretas pretensiones con respecto al resto de pronunciamientos”*<sup>69</sup>.

Junto a esta pérdida de derechos nos encontramos con que se deben devolver los bienes y derechos obtenidos de manera indebida del patrimonio del deudor o de la masa activa. Aquí, como ocurre con la pérdida de derechos, también se verán afectados además del deudor los cómplices.

En relación con los bienes obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor, se requerirá la restitución de estos, siempre que se entregasen por el deudor antes de que se produjese la calificación del concurso como culpable. Es importante remarcar que la entrega sea indebida, pues de lo contrario no conllevará la obligación de restitución, siendo la AC la responsable de determinarlo.

En relación con la restitución de bienes de la masa activa, cuenta con la diferencia de que aquí los bienes o derechos han de entregarse con la declaración del concurso ya realizada y la masa activa ya formada<sup>70</sup>. Aquí no se requiere una adquisición indebida de los bienes, sino la salida de bienes de la masa activa, sin importar la ilicitud de esta.

Así, en ambos casos lo que se deberá es restituir los bienes y derechos, y, si los bienes no pudieran ser devueltos habrá de entregarse el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor o de la masa activa respectivamente, más el interés legal del

---

<sup>68</sup> Art. 172.2. 3º LC: *“La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieron 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”*.

<sup>69</sup> SJM Oviedo (núm.1) núm. 142/2007, de 3 de septiembre.

<sup>70</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A. (2012) *Insolvencia y responsabilidad*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. Pág. 164

dinero<sup>71</sup>. La devolución de los bienes, por tanto, es un presupuesto objetivo, que conllevará la restitución una vez se califique el concurso y se determine la sanción.

El MF o el propio AC serán los encargados de identificar los bienes que estarán sujetos a la sanción, y deberán hacerlo con gran precisión y acierto, pues en sus informes deberá recogerse para que, posteriormente, el juez pueda basar su decisión y lo incluya en su sentencia.

#### 6.2.2. *Indemnización de daños y perjuicios*

El otro efecto que afecta a la esfera patrimonial del concursado es la indemnización por daños y perjuicios. Aquí no solo deberán indemnizar los sujetos afectados por la calificación culpable del concurso, sino que, como ocurría con el efecto anterior, también los cómplices estarán obligados a indemnizar.

Ya hemos hablado en el epígrafe anterior del art. 172.2. 3º LC, y es ese mismo artículo el que recoge la obligación de indemnización de daños y perjuicios causados. La lógica nos lleva a no plantearnos dudas sobre este efecto de la calificación culpable del concurso pues, como sabemos, se requiere dolo o culpa grave para que se produzca la calificación culpable, acción que lleva aparejada un comportamiento ilícito que se deberá de indemnizar. La propia jurisprudencia lo entiende como “*una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal*”<sup>72</sup>.

Conocida la justificación de dicha indemnización, ahora debemos tener en cuenta por cuanta cantidad se debe indemnizar, y esta no es más que por aquella que haya afectado a la masa del concurso por el daño que haya causado el sujeto. Se genera una insatisfacción de los acreedores, aunque tal circunstancia no impide que cualquier tercero, ajeno o no al concurso, pueda ejercitar las acciones legales oportunas a los efectos de resarcirse los concretos daños que se hayan podido causar directamente<sup>73</sup>.

Es reiterado en la doctrina, como ocurre por ejemplo con ZUBIRI DE SALINAS<sup>74</sup>, el creer que la indemnización de daños y perjuicios es un efecto de la calificación concursal que no goza de autonomía propia, pero personalmente no lo creo así. No es incierto que en la regulación concursal anterior podría entenderse que la indemnización aparece como consecuencia, pero actualmente se recoge en la LC como un efecto innato de la propia calificación concursal, es decir, no por ser calificado como culpable el concurso se debe indemnizar los bienes y derechos contra la masa activa, sino que por la propia calificación culpable se deberá indemnizar. Así, mi opinión es apoyada por la doctrina y

---

<sup>71</sup> SAP Alicante (Sección 8ª) núm. 131/2008, de 9 de abril.

<sup>72</sup> STS (Sala Civil) núm. 501/2012, de 16 de julio.

<sup>73</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2019) *La calificación del concurso de acreedores: una institución necesaria*. Thomson Reuters, Aranzadi. Págs. 294 y 295

<sup>74</sup> ZUBIRI DE SALINAS, M. (2012) “Los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso”, en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Director), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor. Págs. 189-190

jurisprudencia, como el autor MARTÍNEZ MUÑOZ o la SAP Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008<sup>75</sup>.

Por tanto, la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios tiene el objetivo de cubrir todos los daños concretos, lo que conlleva que para ser concretados deban ser incluidos en el informe de la AC, y de ahí se desprendan todos y cada uno de ellos para poder indemnizar posteriormente. Para el caso de se trate de una persona jurídica, habrá que recoger en el informe toda acción tendente a una indemnización cometida por cualquier de los sujetos responsables de dicha persona jurídica, desde los liquidadores a los apoderados generales, pudiendo ejercitarse tanto la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC<sup>76</sup> como la acción social de responsabilidad del art. 238 LSC<sup>77</sup>.

Está legitimada para ejercitar las acciones la propia AC, *ex art. 48 quáter LC*<sup>78</sup>. Pero este artículo genera controversia porque a partir de él han surgido dos corrientes doctrinales en relación con las acciones que se pueden tomar para la indemnización de daños y perjuicios en la calificación concursal.

La primera corriente doctrinal apoya la interpretación restrictiva del artículo, especialmente de la expresión “*indemnizar los daños y perjuicios causados*”. Pretende restringir la indemnización a la comisión de las acciones que recoge la propia LC y que afecten a la masa activa del concurso, con la fijación de conductas en el art. 172.2. 3º LC. Esta corriente es apoyada también jurisprudencialmente<sup>79</sup>.

La segunda corriente, la cual considero que es la más acertada por contar con un criterio más laxo y menos extremista, considera que el art. 48 quáter LC, en relación con las acciones que se pueden ejercitar, merece una interpretación extensiva, sin restringir el alcance de la condena indemnizatoria. Así, la condena afectará a toda persona conectada con la actuación que se haya considerado dolosa o culposa y que conlleve la calificación culpable del concurso. Esta corriente también es apoyada jurisprudencialmente<sup>80</sup>.

Como ocurría con la pérdida de derechos, para que se produzca la indemnización, esta debe ser recogida en el informe del AC, pues sino no está justificado, y tras su inclusión en el informe, todo lo recibido pasará a formar parte de la masa activa, pues de aquí es de donde se entiende que se quitó con las irregularidades que llevaron a la calificación de la entidad.

Para finalizar debemos hacer mención a que los cómplices también responderán de la indemnización de daños y perjuicios, tal y como he mencionado al comienzo del epígrafe.

---

<sup>75</sup> SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 31/2008, de 5 febrero: “*en el art. 172.3 de la Ley Concursal no se prevé la indemnización del daño causado por la conducta del sujeto al que se atribuye la responsabilidad. No hay mención alguna a la exigencia de causalidad entre una conducta y un daño, sino una previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas (las de la sociedad de la que es administrador o liquidador) exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho*”.

<sup>76</sup> Art. 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

<sup>77</sup> Art. 238 LSC: “*La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo*”.

<sup>78</sup> Art. 48 quáter LC: “*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*”.

<sup>79</sup> Apoya esta postura la SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 266/2011, de 16 de junio.

<sup>80</sup> Apoyan esta postura las SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 17/2009, de 30 de enero y la SAP Baleares (Sección 5ª) núm. 210/2008, de 1 de julio.

Pero, aunque la teoría ya la conocíamos, aquí encontramos una irregularidad, la cual es fácilmente achacable a la propia LC, quien, a mi entender, es la que comete el error que genera la duda. Así, si acudimos al art. 172.3 LC nos encontramos que dice expresamente: “*La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados*”. De aquí podemos deducir, por tanto, que no todos los cómplices responderán de la indemnización. Lo correcto, a mi entender, es una aplicación analógica para este supuesto, guiándonos con el ya mencionado art. 172.2. 3º LC. Así, al perder el derecho el cómplice a ser acreedor, directamente responderá por sus actos e indemnizará a la masa activa de la sociedad.

Solo se puede entender como única excepción la imposición de la sanción consistente en la pérdida de los derechos que tuviera como acreedor concursal o de la masa<sup>81</sup>. Así, no perderían el derecho de acreedor, por ejemplo, los asesores legales o los auxiliares administrativos que cooperen con el administrador único, por ejemplo, llevando la doble contabilidad siempre que se encuentren al corriente de cobro. La sanción a los cómplices, sin distinción en si son acreedores o no, se basa en el principio *neminem laedere*.

### 6.3. SUPUESTO ESPECIAL

Para finalizar con el apartado 6 es reseñable hacer una mención especial a un efecto que, si bien realmente no se separa en la clásica división de efectos de la calificación concursal, cumple con una serie de especialidades que hacen de nuestra consideración una mucho más lógica.

Estamos hablando del efecto que recoge el art. 172 bis LC, el cual dice: “*Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*”.

Vemos en el propio precepto que las especialidades son palpables, pues este supuesto solo podrá darse para el caso de que una vez abierta la sección de calificación el concurso devenga en déficit, no pudiendo exigirse responsabilidad si esto no ocurre. Por tanto, podemos entender que se trata de una responsabilidad causal, y así ha quedado fijado desde la modificación incorporada en la Ley Concursal por el Real Decreto Legislativo 4/2014<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> YANES YANES, P. (2012) La calificación del concurso. En: PULGAR EZQUERRA, J. (ed.) *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*. Madrid. Pág. 556

<sup>82</sup> Real Decreto Legislativo 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Vemos como se trata de una responsabilidad personal de los sujetos afectados por la misma, exigiendo una causalidad entre su conducta (tras verse afectada por la calificación culpable del concurso) y la posterior agravación de la insolvencia, o, en su caso, la propia generación de esta.

Así, entendemos que se puede abogar por su carácter sancionador, y es por eso que no se entromete en la esfera de la indemnización, sino que puede llegar a solaparse, no llegar a colisionar. La misma idea sigue la SJM Madrid, núm. 5, 7/2007, de 18 de enero<sup>83</sup>. Esto es así pues no genera el mismo resultado la indemnización que la sanción, ya que, como hemos mencionado anteriormente, la finalidad de la indemnización es resarcir el daño a la masa activa, mientras que el fin de la responsabilidad concursal es condenar a los sujetos por la calificación con déficit concursal. Así, se pronuncia la AP Cádiz diciendo que *“los daños y perjuicios a que se condenara a pagar a las personas afectadas por la calificación y/o a los cómplices van ligados a la referida condena restitutoria, como la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes o derechos que deben restituirse o la imposibilidad de verificarse dicha devolución por haber perecido los bienes o haber ido a parar a terceros de buena fe o que gozan de irrevindicabilidad o de protección registral. Se trata de daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable de concurso, pero no afecta a los derivados de la insolvencia a que haya podido contribuir dicho acto, (...), que son objeto de reparación a través de un medio específico previsto en el apartado tercero del art. 172 LC”*<sup>84</sup>. Si bien es cierto que, personalmente considero acertada la calificación de la jurisprudencia como una responsabilidad de carácter sancionador, no es unánime esta opinión, pues ciertos juzgados lo consideran como una responsabilidad de carácter indemnizatorio<sup>85</sup>.

En lo relativo a las diferencias que existen entre la responsabilidad de daños y perjuicios y la propia responsabilidad concursal, consideramos de necesaria mención la STS de 28 de febrero de 2013<sup>86</sup>. Esta sentencia ejemplifica claramente las diferencias entre ambas responsabilidades y como el Juez debe actuar frente a ellas. Así, la indemnización podemos entender que constituye un pronunciamiento inexcusable, por lo que en una sentencia de calificación culpable del concurso siempre se encontrará recogida, pues siempre existirán daños generados por la mala actuación del concursado u otro sujeto afín a él. En cambio, cuando hablamos de la responsabilidad concursal, vemos que esta es facultativa, por lo que en este supuesto será la propia discrecionalidad judicial la que la incluya en la sentencia de calificación, requiriendo para esto una gravedad considerable.

Pero este supuesto especial no solo goza de diferencias con respecto a la indemnización por daños y perjuicios, sino que cuenta también con alguna similitud,

---

<sup>83</sup> SJM Madrid (núm.5) núm. 7/2007, de 18 de enero: *“la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición, polémica doctrinal que pone de manifiesto la compleja interpretación del precepto”*.

<sup>84</sup> SAP Cádiz (Sección 5ª) núm. 550/2017, de 23 de octubre.

<sup>85</sup> SJM Granada (núm. 14) núm. 242/2006, de 17 de octubre.

<sup>86</sup> STS (Sala Civil) núm. 74/2013, de 28 de febrero: *“Finalmente, el art. 172.3 LC antes de su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y hoy el art. 172bis LC, atribuyen al juez la posibilidad de condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, lo que contrasta con los imperativos que utiliza al imponer la condena a indemnizar daños y perjuicios a las personas afectadas en caso de concurso culpable, sin necesidad de que la sección de calificación haya sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación”*.

siendo importante tener en cuenta que tanto las cantidades originarias de la indemnización como las obtenidas por la responsabilidad concursal se integrarán en la masa activa.

Debemos hacer mención, para comprender la responsabilidad concursal, al plazo de prescripción que ostenta. La prescripción de esta responsabilidad viene recogida en el art. 949 CCom.<sup>87</sup> y cuenta con un plazo de 4 años, que se aplicará tanto a la acción de responsabilidad por deudas como a la acción individual de responsabilidad.

Por último, al igual que ocurre con el resto de efectos, será el juez el encargado de declarar si se impone el resarcimiento por responsabilidad concursal ante la existencia de déficit, pudiendo, él mismo, modular el grado de cobertura de ese déficit entre los afectados por la calificación, como recoge la STS de 14 julio de 2016<sup>88</sup>.

Es de destacar que este artículo ha sido muy criticado debido a la incoherencia que genera con el resto de la normativa concursal, todo ello tras su modificación. Se modificó únicamente el art. 172bis 1 LC, mientras que el resto del artículo se mantuvo igual, rompiendo así la sintonía existente. La necesidad de un nexo causal para que se produzca la responsabilidad, tal y como hemos mencionado en este epígrafe, carece de sentido para el caso de que para atribuir responsabilidad se tenga en cuenta el grado de agravamiento o generación de la insolvencia.

## **7. RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y RESPONSABILIDAD SOCIETARIA**

Como hemos visto con anterioridad, la declaración de concurso conlleva una serie de efectos, y eso incluye una responsabilidad por el incumplimiento por parte del concursado. Pero que la propia LC recoja una responsabilidad aplicable de manera inmediata no significa que este tipo de responsabilidad no pueda convivir con otras responsabilidades, como puede ser la responsabilidad societaria.

Si nos retrotraemos en nuestro estudio de la calificación culpable del concurso, podemos observar como ya se hizo mención a esto en el epígrafe 6.2.2, cuando hablábamos de la indemnización por daños y perjuicios. Pero no solo será de aplicación ese mencionado art. 238 LSC, sino que podremos gozar de más tipos de responsabilidad, procediendo a estudiar tres acciones: la acción individual de responsabilidad, la acción social de responsabilidad y la acción de responsabilidad por deudas.

---

<sup>87</sup> Art 949 CCom.: “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”.

<sup>88</sup> STS (Sala Civil) núm. 490/2016, de 14 de julio: “las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2. 3º LC son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. La responsabilidad del art. 172.2. 3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal”.

## 7.1. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

Esta acción es empleada con la simple finalidad del resarcimiento personal. Busca obtener un beneficio propio, a la persona física, bien pueda tratarse del socio o incluso de un tercero, pero nunca se va a buscar el interés social<sup>89</sup>.

Es importante tener clara la distinción entre el interés social y el individual, pues de esto depende que se pueda ejercitar una acción u otra. Se distinguen en que *“mientras el objeto de la acción social es reestablecer el patrimonio de la sociedad, mediante la acción individual se trata de reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros, siendo así que la acción del 133.4 LSA busca restablecer el patrimonio tras el daño «social», entendido como el sufrido por la propia sociedad titular de la acción - aunque afecte indirectamente a sus socios y acreedores, a quienes también se legitima para su ejercicio-, mientras que la acción individual es una acción personal, que se dirige a la reparación de los perjuicios causados, «directa e individualmente, a los intereses de los accionistas y de los terceros»<sup>90</sup>.*

Esta acción, aunque puede verse como una acción más fácil de emplear pues solo busca el beneficio personal, genera irregularidades, pues hace que sea posible el cobro del crédito concursal, pero al margen del procedimiento concursal en sí. Esto se entiende porque el acreedor o el socio, que es quien ejercerá la acción, se ha visto afectado por la sociedad, entonces busca el resarcimiento de manera directa, y como la LC no lo ampara de esta forma, ejercerá esta acción. Esto puede llegar a entenderse como un abuso de derecho<sup>91</sup>.

Esta acción no está definida por la norma concursal, por lo que no se requiere la acumulación de acciones<sup>92</sup> ni la competencia objetiva recae sobre el juez.

Por último, hay que tratar si el ejercicio de esta acción conlleva un perjuicio para los acreedores del concurso. Esto se plantea pues de estimarse la acción, el acreedor o socio que la ejercita parte con la ventaja de que reclama por una vía distinta a la del propio concurso, lo que podría dejar en un segundo plano al resto de acreedores que sí que están reclamando en base a la culpabilidad declarada del concurso.

En nuestra opinión esto no debe entenderse así, pues realmente al ejercitar la acción no la diriges contra la sociedad concursada, sino que realmente te estás dirigiendo contra el AC, que es quien lo gestiona.

---

<sup>89</sup> Art. 241 LSC: *“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”.*

<sup>90</sup> STS (Sala Civil) núm. 1168/2008, de 27 de noviembre

<sup>91</sup> MAGDALENO, A. Y BENEITO, K. (2015) *Aspectos procesales de la práctica concursal*. Bosch, Barcelona. Página 329

<sup>92</sup> Art. 51.1 LC: *“Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia”.*

## 7.2. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Quizá nos encontremos ante la acción más conocida y la que más se puede llegar a emplear. Como hemos dicho con anterioridad, la acción se regula en el art. 238 LSC y siguientes, por lo que su regulación requiere de una normativa desarrollada.

Hasta ahora únicamente conocemos que es una acción alternativa para la responsabilidad extracontractual a la hora de obtener una satisfacción por los daños y perjuicios causados.

Pues es importante saber que esta acción tiene como finalidad principal la restauración del patrimonio de la sociedad, el cual ha sido afectado o dañado por la actuación de los administradores de ésta. Esta afectación por parte de los administradores requiere, al igual que se requería para la calificación del concurso como culpable, que exista acción u omisión dolosa o culposa, elementos sin los cuales será imposible la determinación del daño. Y, como comentamos en el resarcimiento de daños y perjuicios, se requiere que esta afectación por parte de los administradores produzca un daño efectivo en el patrimonio de la sociedad, pues sin este elemento la acción carecería de sentido.

Esta acción, al contrario que la acción individual de responsabilidad, puede ser ejercitada por varios sujetos, dependiendo de si la declaración de concurso se ha producido o no. Claramente, si se ha declarado el concurso, será el AC quien ejercite la acción, mientras que, si esto no se ha producido, será la sociedad, los acreedores (de forma subsidiaria)<sup>93</sup> o la minoría social<sup>94</sup> quien la ejerza.

Aquí se plantea nuevamente si existe algún inconveniente en que se puedan ejercitar simultáneamente la acción social de responsabilidad junto a la responsabilidad concursal. Como con anterioridad se ha expresado, personalmente considero que no existe un solapamiento de acciones, sino que ambas pueden ser ejercidas sin generar ningún tipo de controversia, pues, aunque ambas buscan solventar el daño producido en el patrimonio social, el empleo de las dos medidas no hace más que fortalecer las opciones de solventar ese daño.

Por último, al referirnos a esta acción, debemos manifestar que quien conocerá de esta será el propio Juez del concurso, pues parece lógico que, una vez declarado el concurso, pueda conocer de todos los asuntos relativos al propio concurso en sí, pues no debemos olvidar que este tipo de acciones se toman con la clara finalidad de solventar problemas relativos a la calificación concursal.

Generaría más debate el supuesto de que se ejercitase la acción previamente a que se declare el concurso, pues ahí se debería acudir a la LC para reconocer la acumulación del concurso, pues esta, en su art. 51.1, dice que *“se acumularán de oficio al concurso siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o*

---

<sup>93</sup> Art. 239 LSC: *“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”*.

<sup>94</sup> Art 239.1 LSC: *“El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”*.

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”. Por tanto, que el Juez competente sea el mismo que conozca de la calificación concursal genera una coordinación notoria.

### 7.3. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

Para finalizar con este epígrafe, vamos a detenernos en la última acción que se puede ejercitar junto a la responsabilidad concursal para obtener un resarcimiento. La LSC entiende por esta acción aquella por la que se deberá responder, solidariamente, de “*las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*”, respondiendo por estas los administradores, pero solo “*los que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte el acuerdo de disolución*” o los que “*no soliciten la disolución judicial*”<sup>95</sup>.

La especialidad de esta acción es que tiene una naturaleza distinta al resto de acciones, determinando el TS que constituye el empleo de esta, alegando que “*constituye una responsabilidad por deuda ajena <ex lege>, que no tiene naturaleza de <sanción> o <pena civil>*”<sup>96</sup>. Esto viene a significar que no se exigirá la prueba de nexo causal entre la conducta y el daño, lo que ocurría en las otras dos acciones que hemos mencionado con anterioridad, sino que con la demostración de la imputabilidad de la conducta será suficiente para poder ejercitarla. Por tanto, de lo que se desprende del art. 367 LSC, el demandante deberá acreditar que los administradores, sujetos que se requiere que ejerzan la acción, incumplieron alguno de los deberes que se exigían legalmente (y que son los que hemos recogido en el primer párrafo de este mismo epígrafe).

Esta postura que adopta el Tribunal Supremo no ha sido siempre así, pues, inicialmente, la naturaleza de esta acción no estaba definida o, al menos, era dispar entre los distintos órganos, los cuales fundaban su postura en su propio criterio. Pero, previamente a la sentencia mencionada en el párrafo anterior, el propio tribunal descartó la naturaleza sancionadora de la acción por entender que tiene un fin protector. Así, se pronuncia diciendo que “*declaramos que la naturaleza sancionadora del mismo sólo puede admitirse en un sentido impropio, puesto que si es cierto que la responsabilidad por deudas sociales que, en él, se impone al administrador que omita promover la disolución de la sociedad, constituye una reacción del ordenamiento ante una conducta considerada antijurídica, que se traduce en una medida aflictiva para su autor, ésta persigue la protección " de los intereses de los acreedores sociales, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores - solidarios -, ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse - y liquidarse -, cuando ello era lo procedente ". También*

---

<sup>95</sup> Art. 367.1 LSC: “*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*”.

<sup>96</sup> STS (Sala Civil), núm. 225/2012, de 13 de abril.

*declaramos que esa función protectora de los intereses de los acreedores sociales, impedía calificar la referida norma como sancionadora, lo que, consecuentemente, se traducía en que no correspondiera considerar llamado el conjunto de reglas jurídicas que la Constitución Española vincula a las de aquella naturaleza*<sup>97</sup>. Conseguía así el Tribunal Supremo ir introduciendo, poco a poco, una postura más objetiva, más neutra, a la hora de determinar la acción de responsabilidad por deudas, que no se viese como aquella que gozaba de un carácter sancionador muy marcado, pero que tampoco se entendía directamente como una acción de clara naturaleza indemnizatoria.

Como siempre, uno de los principales asuntos que nos atañen con el ejercicio de las acciones societarias es su coexistencia y compatibilidad con la declaración culpable del concurso de acreedores y, consecuentemente, con la responsabilidad concursal. Pues, habiéndose determinado que la pretensión es cubrir las deudas generadas tras acaecerse la causa de disolución de la sociedad y que, deben haber incurrido en la causa de disolución los administradores, quienes responderán de manera solidaria, procedemos al análisis de este tema troncal.

Los acreedores que opten por el ejercicio de esta acción deberán probar la causa de disolución de la sociedad, pues, en este supuesto, la LSC no ampara plenamente a los acreedores, sino que existe una presunción *iuris tantum* de la posterioridad en el tiempo de la acción a la causa legal de disolución, por lo que el acreedor está obligado a probar que esto es así y que la causa no se produjo previa calificación.

Partiendo de esto, vemos que las acciones, al menos por parte del legislador, no están destinadas a vivir en correlación, ya que se entiende que una podría vaciar a la otra. En este caso, se exige que la causa de disolución se haya producido para poder ejercitar la acción de responsabilidad concursal, pues, si se ejercita primero la acción societaria, podría vaciar el patrimonio que se debe restituir en la sociedad. No se admite la concurrencia de acciones y esto tiene su justificación en la coincidencia en la naturaleza de esta y de la responsabilidad establecida en el artículo 172bis LC<sup>98</sup>.

De esto que cobre sentido que la LC marque límites e imponga una jerarquía en el momento que se califique el concurso de acreedores y se regule bajo esta Ley, y así lo podemos comprobar en el art. 51bis LC, que dice 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*”. Esto no impide que, una vez finalizado el concurso, se inicie este procedimiento judicial o se reanude.

Para finalizar, es importante aclarar que las acciones ejercitadas en sede concursal no serán admitidas a trámite, lo cual se añadirá a lo mencionado en el art. 51bis LC. Así lo apoya también la jurisprudencia, como, por ejemplo, el JM Bilbao, que dice que “*los términos literales del art. 50.2 de la LC permiten, sin dificultad, inadmitir la tramitación de las demandadas que se presentan contra los administradores sociales en las que se reclama contra ellos la acción de responsabilidad por deudas prevista en el art. 367 de*

---

<sup>97</sup> STS (Sala Civil) núm. 56/2011, de 23 de febrero.

<sup>98</sup> MAGDALENO, A. Y BENEITO, K. (2015) *Aspectos procesales de la práctica concursal*. Bosch, Barcelona. Página 332.

*la LSC, fundada en el incumplimiento de las obligaciones societarias que la Ley les impone cuando la sociedad que gestionan está incurso en una causa de disolución. No encuentra encaje legal en el texto reformado la misma solución procesal aplicable las demandas en las que se ejercita la acción individual de responsabilidad, fundada en los daños y perjuicios ocasionados al tercero por la negligente gestión social”<sup>99</sup>.*

---

<sup>99</sup> SJM Bilbao núm. 66/2013, de 19 de marzo.

## 8. CONCLUSIONES

Todo el estudio recogido en este trabajo nos ha hecho llegar a una serie de conclusiones que procederemos a recapitular a continuación, a modo de desenlace en nuestro estudio.

### I.-

El informe de calificación que lleva a cabo el Administrador Concursal, y del que nos hemos ocupado en un epígrafe del trabajo, peca de centrarse demasiado en recoger las distintas presunciones que se cumplen para poder calificar como culpable el concurso, obviando otro aspecto de suma importancia que se debe recoger en ese mismo informe. No consiste en que solo se determine la culpabilidad del concurso de acreedores, sino que es sumamente necesario conocer quien responderá por esto, quienes son los sujetos afectados por la calificación, hecho que no siempre los AC tienen en cuenta, o que, en la práctica, le asignan menos valor.

Así mismo, también ha quedado claro que no se le concede en este tipo de procedimientos el mismo valor al Ministerio Fiscal que a la propia Administración Concursal. Recordemos que el informe de la AC es necesario, se requiere que ese informe se emita para conocer las causas que justifican la calificación culpable del concurso. No ocurre lo mismo con el dictamen del MF, el cual es facultativo, y ante la falta de presentación de este, se entiende que está de acuerdo con la calificación determinada por la AC. Así, comprobamos que en este procedimiento el MF tiene una intervención nominal, no siendo una figura imprescindible.

### II.-

La Ley Concursal contiene una regulación mucho más exhaustiva de la calificación del concurso culpable que fortuito. De ahí que entendamos que dentro del ámbito de la calificación concursal es la culpabilidad del concurso la que genera mucha más controversia pese a la más detallada normativa. Como hemos podido estudiar, la dedicación que la propia LC hace a la calificación culpable del concurso y, además, dejar como calificación residual la fortuita, muestra que es muy complejo llegar a ver un concurso fortuito y que, debido a la carencia de dolo o culpa grave, no requiere una regulación exhaustiva como la calificación culpable.

A los efectos de determinar la calificación del concurso juegan un papel fundamental las presunciones recogidas en la Ley. Como se ha recogido en el trabajo, la Ley distingue entre las presunciones que permiten prueba en contrario y las que no, produciendo efectos muy diversos dependiendo de cuál se trate. Así considero necesario hablar en mis conclusiones de las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure*. Hemos analizado, supuesto por supuesto, todos los casos recogidos en la normativa, comprobando además que la jurisprudencia matiza cada uno de los supuestos, explicándolos y ampliando el espectro de aplicación. Es por esto que considero esta parte del trabajo como troncal y de ahí el porqué de que se hayan dedicado varias páginas a su estudio.

### **III.-**

En lo relativo a los sujetos intervinientes en el procedimiento de calificación concursal, hemos visto la importancia que tienen los cómplices, sujetos que, a priori, no son tenidos en cuenta o no se valora plenamente su implicación en la calificación. Aun con todo esto, se ha visto que en lo relativo a la responsabilidad por la calificación culpable del concurso y a los efectos que dicha calificación provoca, se verán afectados casi en la totalidad de los supuestos, no siendo únicamente el concursado quien responda de los actos, idea preconcebida que tienen muchas personas antes de sumergirse en esta materia y que, espero, haya quedado claro con este estudio.

Es por esto que considero que cobra mucha importancia el epígrafe relativo a los sujetos intervinientes en la calificación concursal, pues con la simple lectura de la Ley Concursal no se pueden llegar a apreciar bien todos ellos y las funciones que tienen atribuidas, así como los efectos que sufren.

### **IV.-**

La interpretación del TS es en esta materia muy necesaria, pues únicamente con la Ley Concursal se sufre la falta de regulación en algunos puntos. Las lagunas del derecho, como sabemos, es uno de los principales enemigos de los juristas, pues al carecer de regulación, es muy difícil solventar los problemas que genera dicha carencia. De ahí que la jurisprudencia tome un papel fundamental y solvente con la práctica legal esas carencias, marcando corrientes jurisprudenciales a seguir por el resto de Tribunales.

Durante el trabajo hemos podido observar como muchas veces la jurisprudencia completaba los distintos preceptos recogidos en la Ley Concursal. Es de resaltada mención hablar del apoyo jurisprudencial aportado por el Tribunal Supremo en relación con el art. 169.1 LC y con el cómputo del plazo. Si únicamente se hubiese dispuesto de la Ley, el AC no habría podido ser consciente desde el primer día de la resolución judicial, lo que acarrearía que se viese dañada su tutela judicial efectiva.

### **V.-**

En lo relativo a los efectos que produce la calificación culpable del concurso hemos podido ver la diferencia entre los efectos patrimoniales y personales, los cuales son efectos cumulativos, factor importante pues los responsables tendrán una doble vía a la que hacer frente. Pero, en especial, hemos hecho mención a la responsabilidad concursal por déficit concursal. Esta tiene la característica de solaparse con la indemnización por daños y perjuicios, debido a que ataca a distintas esferas, pues se puede ir contra la masa y directamente contra el patrimonio del Administrador Concursal.

Respecto a los efectos, es importante resaltar que cuando hemos estudiado los efectos personales, estos únicamente se refieren a la administración de bienes ajenos, error que es común cuando no se tiene conocimiento de la materia y que varía mucho, pues la libre disposición y administración de los bienes propios permite responder con ellos de otros procedimientos que puedan surgir o que estén pendientes.

## **VI.-**

Ha sido de notorio interés y como punto a tratar necesariamente antes de poner fin al estudio sobre la calificación culpable del concurso la coexistencia entre las distintas responsabilidades. La existencia, además de la responsabilidad concursal, de una responsabilidad societaria, la cual se manifiesta a través de 3 acciones, es un avance notorio en la regulación del Derecho Concursal, que busca proteger a los acreedores para que vean satisfechos sus créditos, aun existiendo una insolvencia palpable.

Es una medida clara de sanción por la mala actuación de los concursados y sus cómplices, y buscan reforzar la compensación a través de una coordinación entre las distintas responsabilidades. Es muy a tener en cuenta en este caso la jurisprudencia y la doctrina, las cuales, como hemos estudiado, determinan que la responsabilidad societaria no invade la responsabilidad concursal ni concede ningún tipo de ventaja al acreedor que emplee las acciones societarias, es únicamente un refuerzo para resolver la situación dañosa generada por el concursado.

## **VII.-**

Consideramos así completado el estudio sobre la calificación culpable del concurso de acreedores, con un estudio no solo del tema troncal, sino que hemos tratado los puntos que se ven afectados por esta calificación, obteniendo así una visión global de la materia, la cual, aunque personalmente entiendo que ha sufrido un enorme avance en lo relativo a su regulación, aun depende de la jurisprudencia para demasiados asuntos controvertidos, los cuales deberán irse añadiendo a la futura normativa sobre la materia.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ GÓMEZ, M.A. Y MIGUÉLEZ DEL RÍO, C. (2012) “*La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011*”. *Pecvia*. 14. Páginas 145-168.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2009), *La calificación del concurso de acreedores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2013) *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.

FUENTES NAHARRO, M. (2006) “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en *Gobierno corporativo y crisis empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*. Madrid.

GONZÁLEZ HUEBRA, P. (1856) *Tratado de quiebras*. Madrid.

GARCÍA-CRUCES, J.A. (2012) *Insolvencia y responsabilidad*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor.

HUERTA VIESCA, M.I. y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2015) “El plazo para la emisión del informe-demanda de calificación concursal del artículo 169.1 LC”. *Diario La Ley*, sección tribuna. 8527, págs. 1-11.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2012) *Derecho de obligaciones II, Volumen I: Parte General*. Dykinson. Madrid.

LATORRE CHINER, N. (2003) *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. 1 Edición. Comares. Granada.

MAGDALENO, A. Y BENEITO, K. (2015) *Aspectos procesales de la práctica concursal*. Bosch. Barcelona.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2019) *La calificación del concurso de acreedores: una institución necesaria*. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor.

MUÑOZ PAREDES, A. (2012) *Protocolo concursal*. Oviedo: Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo.

PRENDES CARRIL, P. (2014). *La calificación del concurso. Practicum concursal*. Aranzadi. Cizur Menor.

ROJO, A.-BELTRÁN, E. (2004) *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Civitas. Madrid.

YANES YANES, P. (2012) “La calificación del concurso”. *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*. La Ley Grupo Wolterskluwer. Madrid.

ZUBIRI DE SALINAS, M. (2012) “Los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso”, en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Director), *Insolvencia y responsabilidad*. Cizur Menor. Págs. 189-226.

### **LEYES Y NORMATIVA:**

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

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

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

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

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

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

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

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

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto Legislativo 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y restructuración de deuda empresarial.

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

Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decretado, Sancionado y Promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829 el Código de Comercio.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968.

Estados Unidos de América. United States Bankruptcy Code. U.S. Code/U.S. Law.

Reino Unido. Insolvency Act 1986.

Alemania. Insolvenzordnung. Oktober 1994 (BGBl. I)

Alemania. Bürgerliches Gesetzbuch. In der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I).

## **WEBGRAFÍA:**

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>

<http://www.enciclopedia-juridica.com/d/concurso-fraudulento/concurso-fraudulento.htm>

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg>

<https://www.gesetze-im-internet.de/inso/InsO.pdf>

<https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>

<https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>

## **10. JURISPRUDENCIA**

### **- Tribunal Supremo**

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 276/2016, de 13 de abril.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 128/2015, de 18 de marzo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 501/2012, de 16 de julio.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 225/2012, de 13 de abril.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 614/2011, de 17 de noviembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 1168/2008, de 27 de noviembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 447/2007, de 7 de febrero.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 924/2005, de 24 de noviembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª). Sentencia núm. 722/2005, de 15 de octubre.

- **Audiencias Provinciales**

Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª. Sentencia núm. 550/2017, de 23 de octubre.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia núm. 266/2011, de 16 de junio.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª. Sentencia núm. 421/2010, de 20 de diciembre.

Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª. Sentencia núm. 198/2010, de 28 de septiembre.

Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª. Sentencia núm. 2/2010, de 4 de enero.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia núm. 298/2009, de 4 de diciembre.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15. Sentencia núm. 50/2009, de 30 de enero.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª. Sentencia núm. 2283/2009, de 15 de septiembre.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª. Sentencia núm. 210/2008, de 1 de julio.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª. Sentencia núm. 131/2008, de 9 de abril.

Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª. Sentencia núm. 321/2008, de 28 de marzo.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero.

- **Juzgados de lo Mercantil**

Juzgado de lo Mercantil de Vigo, núm. 3. Sentencia núm. 367/2013, de 11 de septiembre.

Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, núm. 1. Sentencia núm. 66/2013, de 19 de marzo.

Juzgado de lo Mercantil de Madrid, núm.1. Sentencia de 9 de julio de 2010.

Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya, núm.1. Sentencia de 29 de diciembre de 2008.

Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, núm.1. Sentencia núm. 142/2007, de 3 de septiembre.

Juzgado de lo Mercantil de Madrid, núm.5. Sentencia núm. 7/2007, de 18 de enero.