

Raquel Sánchez Hernández

EL IMPACTO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL EN EL PATRIMONIO DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

**EL IMPACTO DE LA
RESPONSABILIDAD CONCURSAL
EN EL PATRIMONIO DEL
ADMINISTRADOR SOCIETARIO**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

EL IMPACTO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL EN EL PATRIMONIO DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

Raquel Sánchez Hernández

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Raquel Sánchez Hernández

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13- 87867-16-4

Depósito legal: B 13272-2025

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Safekat

*A mis padres, por inculcarme que el esfuerzo es lo
único que te llevará a cualquier lugar al que quieras llegar.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
NOTAS INTRODUCTORIAS	13
CAPÍTULO PRIMERO. LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN COMO VÍA DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL	15
1. Marco normativo de la responsabilidad concursal del administrador social.	15
1.1 Antecedentes legislativos	15
1.2 Los nuevos rasgos configuradores de la sección de calificación introducidos por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal	28
2. La moratoria concursal: efectos y riesgos inherentes a esta novedosa figura temporalmente introducida en nuestro Derecho de insolvencias	40
CAPÍTULO SEGUNDO. LA VIGENTE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL	49
1. La delimitación objetiva de la sección de calificación.	49
1.1. La necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave: criterio general de calificación del concurso como culpable regulado en el art. 442 del TRLC	49
1.2. Los «supuestos especiales» del art. 443 TRLC: las tradicionales presunciones <i>iuris et de iure</i>	55
1.3. Las «presunciones de culpabilidad» del art. 444 TRLC: las tradicionales presunciones <i>iuris tantum</i>	64
1.4. El posible impacto en la sección de calificación de los hechos declarados probados como consecuencia del ejercicio extramuros del concurso de la acción individual de responsabilidad del administrador	69
2. La controvertida delimitación subjetiva de la sección de calificación	74
2.1 Delimitación subjetiva <i>ex art. 442 TRLC</i>	74
2.2. Breves reflexiones en torno a la figura del administrador de hecho	77

2.3. La cuestionada extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora	84
3. La protección derivada del <i>business judgment rule</i>	105
3.1. Positivizada protección del administrador en el ámbito societario tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo	105
3.2. La controvertida aplicación de la <i>business judgment rule</i> en la sección de calificación	110
CAPÍTULO TERCERO. LA AFECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	119
1. Principales condenas de contenido netamente patrimonial a las que se podrá enfrentar el administrador social en la sección de calificación . .	119
1.1. La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados <i>ex art. 455.2.5º</i> TRLC	121
1.2. La eventual condena a la cobertura del déficit concursal <i>ex art. 456</i> TRLC	124
1.3. La <i>[discrecional]</i> medida cautelar <i>ex art. 133</i> TRLC a adoptar en caso de riesgo de frustración de la probable condena al déficit concursal.	131
2. La pervivencia de la responsabilidad del administrador por la vía societaria del art. 241 TRLC tras la declaración del concurso sin masa del art. 37 <i>bis</i> TRLC	143
3. El potencial impacto extramuros del concurso de la transacción en la sección de calificación en ulteriores procedimientos de responsabilidad <i>ex art. 241</i> TRLC a instancias del acreedor social.	151
3.1. Su posible consideración como MASC a la luz de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. .	153
3.2. Otros posibles efectos reflejos de la eventual transacción alcanzada en la sección de calificación	157
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	169
Capítulo primero	169
Capítulo segundo.	170
Capítulo tercero.	177

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
C. de Com.	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinación
DANA	Depresión Aislada de Niveles Altos
Dir.	Dirección.
ECLI	Identificador único europeo de jurisprudencia
MASC	Medio adecuado de solución de controversias
Núm.	Número
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 16/2022	Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)

Ley 38/2011	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LO 1/2025	Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
P.	Página
PP.	Páginas
Pr.	Prólogo
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
Ss.	Siguientes
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase
<i>V. gr.</i>	Verbigracia

NOTAS INTRODUCTORIAS

La responsabilidad concursal del administrador social ha sido concebida por nuestro legislador con una doble finalidad: por un lado, convertirse en un elemento disuasorio para los administradores —así como también para el resto de posibles sujetos afectos a ella— tendente a evitar conductas reprobables, ya sean dolosas o gravemente culposas, que generen o agraven la situación de insolvencia que administran y, por otro, como una suerte de herramienta de protección del acreedor social en caso de producirse finalmente tales conductas dadas las consecuencias patrimoniales que puede suponer para aquéllos la calificación de culpabilidad concursal ante las gravosas condenas que le pueden ser impuestas, pudiendo incluso ser condenados, como se analiza en el presente trabajo, al pago —total o parcial— del déficit concursal.

Este impacto que la responsabilidad concursal puede tener en el patrimonio del administrador sin duda supone para el acreedor social un notable incremento de sus posibilidades de cobro de la deuda impagada por su sociedad deudora, beneficiada ésta de las eventuales condenas que pudiese contener la sentencia de calificación culpable *ex arts. 455 y 456 TRLC*.

Consideramos por ello que, en última instancia, la responsabilidad concursal es una herramienta *ad extra* de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso, máxime tras las últimas reformas operadas en nuestro Derecho de insolvencias a la vista de los novedosos rasgos configuradores que le han sido conferidos a la sección de calificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, dado el nuevo rol concedido a los acreedores que el legislador ha considerado más relevantes al convertirlos en «actores principales» otorgándoles la facultad de poder formular un informe propio de calificación culpable *ex art. 449 TRLC*, quedando atrás las ya superadas limitaciones que en su actuación les imponía el régimen pre-reforma.

Como se analiza en este trabajo, este nuevo papel protagonista de los acreedores cualificados junto con la positivización de la *[limitada]* posibilidad de transacción en la sección sexta, máxime a la vista de la gran reforma procesal que se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en

materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, hacen que la novedosa actuación que puedan llevar a cabo estos acreedores cualificados en la sección de calificación pueda tener no solo un impacto contenido en el ámbito de la responsabilidad concursal sino que, también, *ad extra*, podrá generar efectos ante un eventual ejercicio posterior de la acción individual de responsabilidad del administrador *ex art.* 241 TRLSC —cuyo posible ejercicio, entendemos, quedaría incólume aun en aquellos supuestos en los que la solución del concurso de la sociedad deudora fuese liquidatorio—.

Nos encontramos así ante una obra que, estructurada en tres capítulos, aborda los principales elementos jurídicos procesales que permiten llevar a cabo un profundo análisis de esta materia —en muchos aspectos novedosa por las recientes reformas legislativas que se han llevado a cabo—: *(i)* la identificación de los elementos configuradores de la responsabilidad concursal tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, abordados éstos no solo atendiendo al régimen vigente sino también acudiendo a sus precedentes legislativos, *(ii)* la afección del patrimonio del órgano de administración ante las principales condenas de contenido netamente patrimonial a las que se puede enfrentar el administrador social en la sección de calificación y *(iii)* la pervivencia de su responsabilidad incluso tras la conclusión del concurso de la sociedad administrada *ex art.* 241 TRLSC, con el posible impacto en ella no obstante de lo previamente acontecido en el procedimiento concursal; aspectos todos ellos cuyo estudio se ve completado con el análisis que se lleva a cabo en cada uno de sus extremos de las resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales.

Capítulo primero

LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN COMO VÍA DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

Sumario: 1. MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL. 1.1 Antecedentes legislativos. 1.2 Los nuevos rasgos configuradores de la sección de calificación introducidos por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. 2. LA MORATORIA CONCURSAL: EFECTOS Y RIESGOS INHERENTES A ESTA NOVEDOSA FIGURA TEMPORALMENTE INTRODUCIDA EN NUESTRO DERECHO DE INSOLVENCIAS

1. MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

1.1 Antecedentes legislativos

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal fue la encargada de revolucionar nuestro Derecho de insolvencias¹ introduciendo un verdadero cambio de paradigma en los pilares fundamentales en los que éste se sustentaba², ello especialmente en el ámbito de la calificación concursal.

1. Esta ley, conjuntamente con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, supuso la derogación del arcaico marco concursal vigente en aquel momento, cuyo principal exponente era la antigua Ley de Suspensión de Pagos de 1922 —ello no obstante sin perjuicio de la dispersión normativa que debían sufrir los operadores jurídicos en aquel momento—.

2. Claro ejemplo de ello lo encontramos en la introducción de la nueva figura del Administrador Concursal que, desde entonces, ha sido clave en la configuración del Derecho de insolvencias español si bien, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refun-

Así pues, aun cuando la sección de calificación concursal ha sido objeto de diversas reformas³ desde que se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico de la mano de la Ley Concursal de 2003, debe significarse que la entrada en vigor de esta ley conllevó la superación de la concepción normativa que en este ámbito pivotaba sobre la idea de que la quiebra del comerciante presumiblemente escondía un fraude, pasando a ofrecer un nuevo marco normativo donde lo que subyace es precisamente todo lo contrario, la idea base de inexistencia de una actuación fraudulenta.

De esta forma, el legislador español abandonó la tradicional trilogía que existía⁴, como así determinaba el Código de Comercio de 1885, diferenciando la calificación entre fortuita, culpable y fraudulenta para dar paso a una simplificación con la reducción a dos tipologías de concurso: (i) una primera posibilidad que consideraba el concurso como «fortuito» y, por ende, sin derivaciones de consecuencias ni para el deudor ni tampoco para sus administradores y (ii) la segunda categoría que derivaba en la calificación del concurso «culpable», donde sí entraría en juego la responsabilidad concursal que, actualmente, se encuentra regulada en los arts. 455 a 457 TRLC —responsabilidad que, como analizaremos *ut infra*, se enmarca en un gravoso régimen al que se enfrentan las personas afectadas por esta calificación y que, anticipamos, incluyen eventuales condenas de inhabilitación, pérdida de derechos que pudiesen tener como acreedores, devolución de los bienes o derechos indebidamente obtenidos del deudor o recibidos de la masa activa, indemnizaciones de daños y perjuicios e, incluso, la cobertura total o parcial del déficit concursal—.

Ahora bien, esta nueva idea base de inexistencia de una actuación fraudulenta sobre la que desde el año 2003 se sustenta la sección de calificación, no impide que ésta pueda quebrarse durante su tramitación, cuya regulación se estructura sobre el tipo general de culpabilidad acompañado de dos juegos de presunciones de distinto alcance e, incluso, pueda ser excepcionalmente cuestio-

dido de la Ley Concursal, como veremos *ut infra* ahora cuenta con un rol alejado de su tradicional configuración. Si el lector desea ahondar en el histórico y estudio desde el punto de vista del Derecho comparado de esta figura se recomienda la lectura de TOMÁS TOMÁS, S., «La administración concursal: origen y evolución histórica», *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 1887-2689, N.º. 13, 2015 (Ejemplar dedicado a: A José Ortiz Díaz (1927-2014) y Manuel Ramón Alarcón Caracul (1945-2015). *In memoriam*, pp. 259-298, pp. 295-296, destaca el autor el importante papel que la LC le dio afirmando que «en coherencia, con el principio de unidad —de disciplina y de sistema— que implantó la LC, la figura de la administración concursal vino a refundir el maremágnum de funciones que en el anterior sistema concursal tenían atribuidos, de una parte, los interventores judiciales en el procedimiento de suspensión de pagos y, de otra, los síndicos, depositarios y comisarios y, en parte, la junta de acreedores, en los procesos de quiebra».

3. SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, núm. Extra 58, 2023, pp. 141-202, nos ofrece un exhaustivo análisis de estas reformas, cuya lectura resulta recomendada en esta materia.

4. En este sentido SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 415-418, pp. 415-416, analiza el abandono con esta nueva normativa de la presunción de que el deudor insolvente lo era porque había llevado a cabo una actuación fraudulenta, alejándose así de la tradicional premisa *decoctor, ergo fraudator*.

nada en un momento temporal anterior al estar expresamente prevista, como analizaremos *ut infra*, la eventual adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la «probable» responsabilidad concursal del administrador social acudiendo para ello a lo dispuesto a la especial medida cautelar recogida hoy día en el art. 133 TRLC, heredero como veremos —aun con cambios—, de esta tradicional posibilidad que originalmente vio la luz de la mano del antiguo art. 48.3 LEC.

De esta forma, desde el 2003 y hasta nuestros días nos enfrentamos ante una sección de calificación cuyo principal objetivo pasa por determinar cuál es la calificación que debe darse a la insolvencia del deudor, esto es, si debe ser calificada como fortuita o como culpable y, en este último caso, determinar cuáles serían los sujetos afectados por esta calificación y las concretas consecuencias que para ellos se derivarían de la culpabilidad concursal.

Nótese no obstante que, si bien esta finalidad ha permanecido incólume desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, Concursal, sí que han sufrido diversas y reiteradas modificaciones legislativas los concretos parámetros legalmente establecidos para determinar, en caso de culpabilidad concursal, tanto quiénes podrían ser los sujetos afectados como cuáles serían las consecuencias con las que éstos deberían pechar.

Por ello, si atendemos a los supuestos de concurso de sociedades de capital⁵, hay que tener presente que, en lo que respecta a la responsabilidad concursal del administrador social, esta finalidad de la sección de calificación que acaba de ser expuesta se muestra como el fiel reflejo de la tradicional dualidad que se viene predicando del régimen de responsabilidad societario en la medida en que no solo se configura como una suerte de elemento disuasorio para los administradores⁶ tendente a evitar conductas reprobables, ya sean dolosas o gravemente culposas, que puedan generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad que administran, sino que también ofrece una herramienta de protección del acreedor social ante las consecuencias patrimoniales que puede suponer para aquéllos la calificación de culpabilidad pudiendo incluso ser condenados, como veremos, al pago —total o parcial— del déficit concursal.

Este impacto que la responsabilidad concursal puede tener en el patrimonio del administrador sin duda alguna supone para el acreedor social un notable incremento de sus posibilidades de cobro de la deuda impagada por su sociedad deudora, eso sí, siempre y cuando la conducta del administrador se encuadre entre aquellas susceptibles de calificar el concurso de la sociedad deudora como culpable.

Consideramos por ello que, en última instancia, la responsabilidad concursal es una herramienta *ad extra* de protección del acreedor de una sociedad de capi-

5. Dado que el presente trabajo se centra en el estudio del impacto que tiene la sección de calificación concursal en el patrimonio del administrador social, no incluiremos aquí el análisis de la normativa concursal que se encarga de regular los concursos de personas físicas, centrándonos así en las más gravosas consecuencias patrimoniales que puede sufrir el administrador por la calificación de culpabilidad sin perjuicio de que, como ha sido *ut supra* advertido, *ex art.* 455.2.º TRLC pueden acordarse otras condenas adicionales a las que afectan a su esfera patrimonial como la inhabilitación.

6. También lo es para el resto de posibles afectados por la calificación concursal.

tal en concurso que se une a otras tales como, especialmente, la acción individual de responsabilidad del administrador *ex art.* 241 TRLSC, cuya compatibilidad en su ejercicio con la situación concursal se muestra, a día de hoy, plenamente aceptada pese a que ello suscita diversos problemas jurídico-procesales que todavía no han sido pacíficamente resueltos⁷.

Expuesto lo anterior, continuando con el estudio de los principales antecedentes legislativos de la sección de calificación debe ser destacado de nuevo el hecho de que, si bien este nuevo paradigma conceptual introducido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pervive hasta nuestros días, ello no obsta a que han sido no solo numerosas, sino también de gran calado, las constantes reformas que desde entonces se han llevado a cabo en nuestro Derecho de insolvencias⁸; Ley Concursal que vio la luz en años de bonanza económica y que, lamentablemente, pronto se evidenció insuficiente para poder abordar los problemas que se suscitaron en el tejido empresarial con motivo de la crisis económica mundial que comenzó a desatarse en el año 2008 y, por ende, cuando esta ley contaba con tan solo cuatro años de andadura⁹.

Como veremos a continuación, en este contexto de constante «vorágine normativa» de la que ha venido haciendo gala nuestro Derecho de insolvencias, si se nos permite la expresión, la sección de calificación no se ha quedado al margen, pudiendo significarse aquí si quiera de un modo sucinto cuáles han sido los extremos en los que se ha centrado el foco de atención con motivo de las principales reformas llevadas a cabo en los últimos años¹⁰:

7. Una previa aproximación a la materia que aquí nos ocupa ya la llevamos a cabo en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal* [Tesis doctoral, Universidad de Murcia]. Repertorio Institucional de la Universidad de Murcia: DIGITUM. <http://hdl.handle.net/10201/151140>; estudio que, si bien se centró en el análisis de la responsabilidad societaria del administrador y, en especial, en lo que respecta a la que puede dar lugar al ejercicio de la acción individual de responsabilidad *ex art.* 241 TRLSC, también aborda la responsabilidad concursal que aquí se muestra como el eje vertebrador al haberse incluido en él un profuso análisis de la específica problemática jurídica que se suscita por la posibilidad de tramitación judicial simultánea de esta vía societaria de exigencia de responsabilidad del administrador con la vía concursal en el que, *ad extra*, se ofrecen posibles soluciones a estos problemas jurídico-procesales que todavía hoy quedan sin resolver incorporando aquellas propuestas de *lege ferenda* que consideramos como recomendables.

8. En tal sentido, resultan especialmente gráficas SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «El concurso de acreedores», en AA.VV. *Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.)*, Aranzadi La Ley, ISBN 978-84-1078-314-0, Vol. 2, 2024., pp. 551-568, p.557, al significar que «se ha dicho que la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas»; apreciación que, incluso, es reconocida por nuestro legislador en el Preámbulo I Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

9. Extremo éste que es nítidamente destacado por MORALES MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, ISSN 1698-5583, Vol. 23, N°. 1, 2020, pp. 385-430, p. 385.

10. SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.*, pp. 5-30.

(i) **La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal**

La primera de estas reformas que, por su gran calado, analizaremos en el presente Capítulo, es la llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, en cuyo Preámbulo ya se justifica su necesidad, tras reconocer el gran hito que supuso la instauración en nuestro Ordenamiento de un «*sistema concursal moderno y unitario*» de la mano de la Ley 22/2003, de 9 de julio, precisamente en el cambio de contexto económico que trajo la crisis económica mundial iniciada en el 2008, indicando expresamente que «*el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado*».

Pues bien, de entre las numerosas reformas que se introdujeron con esta Ley 38/2011, de 10 de octubre¹¹, por la importancia que tienen para el objeto

11. Nótese, asimismo, que si bien aquí nos circunscribimos al estricto ámbito de la sección de calificación, desde una perspectiva más global en lo que a los regímenes de responsabilidad de los administradores se refiere, esto es, a la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria, esta reforma presentaba una importante novedad por cuanto en ella el legislador español pretendió establecer un régimen de coordinación [*al menos parcial*] del concurso de la sociedad administrada con las acciones societarias de responsabilidad de administrador, adelantándose a tal efecto en el Preámbulo VIII de esta Ley 38/2011 que ésta pretendía «*armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales*». Ahora bien, esta reforma guardó silencio respecto de la acción individual de responsabilidad de administradores y ello trajo consigo que se avivase el debate que ya existía al momento de su entrada en vigor respecto de su compatibilidad o no en su ejercicio con la situación concursal de la compañía administrada —debate que, en todo caso, se encuentra superado en pro su compatibilidad—. En tal sentido, tras analizar las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la Ley Concursal, ya concluía MOYA BALLESTER, J., «Los Grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, núm. 38, año 2012-1, pp. 307-324, p. 322, que «*nada dice la Ley Concursal sobre el ejercicio de la acción individual una vez el concurso ha sido declarado, por lo que habrá que estimar la misma será posible. En consecuencia, sigue siendo viable el ejercicio de la acción individual después de la declaración del concurso e incluso una vez se ha abierto la pieza de calificación*». Asimismo, destacamos como defensores de esta compatibilidad a SAAVEDRA LÓPEZ, J.P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 43, 2014, pp. 303-331, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. por ROJO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ISBN 978-84-9876-027-9, pp. 281-336, VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, N.º. 4, 2006, pp. 15-64, y TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal* (Pr. JIMÉNEZ CONDE, F. y GARCIA-ROSTÁN CALVÍN, G.),

del presente estudio conviene significar que ésta afectó a cuatro principales aspectos de la normativa de la sección de calificación:

- Por un lado, en lo que atañe a su tramitación, la primera de las finalidades buscada con la reforma pasaba por la búsqueda de una mejora en el nivel de información disponible con carácter previo a los vitales informes de calificación, por cuánto éstos son los que fijan los pilares de la tramitación de la sección.
- En segundo lugar, destacar que se incluyó dentro del ámbito subjetivo al «*apoderado general*», éste no obstante ya sustituido por «*el director general*».
- En tercer lugar, en lo que al contenido propio de la sentencia de calificación se refiere, la reforma introdujo reglas nuevas relativas a la sanción de inhabilitación.
- Y, por último, en cuarto lugar y si cabe con mayor importancia respecto del objeto del presente trabajo, nos encontramos con que, en relación con la más gravosa de las posibles condenas de contenido patrimonial, esto es, respecto de la cobertura del déficit concursal, con esta reforma se dotó a esta posible condena de una oportuna autonomía al ser objeto de regulación en un precepto independiente.

Así, esta eventual condena abandonó el lugar que hasta entonces venía ocupando con motivo de la general regulación de la sentencia de calificación para ubicarse de manera independiente en aquel momento en el antiguo art. 172 *bis* LC (actual art. 456 TRLC); autonomía regulatoria que venía siendo reclamada por los distintos operadores jurídicos por la manifiesta complejidad que presenta esta gravosa sanción, lo que a la postre consiguió erradicar con su más precisa regulación una gran parte de las controversias que sobrevolaban sobre ella¹², exigiéndose así mismo de manera expresa la necesaria individualización en esta eventual condena en aquellos supuestos en los que existían una pluralidad de responsables en la calificación de culpabilidad.

Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-1391-702-3, 2022, destacando todos ellos que la acción individual, pese al silencio legal, se reputa compatible con la sustanciación del concurso por no interferir en él. Frente a ello, algunos autores en una inicial etapa sí cuestionaban esta compatibilidad defendiendo la existencia de cierto solapamiento (*vid.*, entre otros, VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 103, N° 4, 2004, pp. 1055-1076). Y es que, pese a que en la actualidad esta compatibilidad ya es aceptada tanto jurisprudencial como doctrinalmente, ha sido la protagonista de los más acalorados debates de los últimos años en esta materia tanto en la doctrina como en las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales.

12. *V.gr.*, tras esta reforma se consiguió erradicar la controversia que existía en torno al destino que debían tener los fondos obtenidos con esta condena, quedando nítidamente proscrita con esta reforma su entrega directa a los acreedores como algunos operadores jurídicos pretendían defender.

Ahora bien, como veremos a continuación, ésta solo fue la primera de las reiteradas reformas que han afectado a la sección de calificación.

(ii) El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

En el año 2014, siendo evidente que nuestro Derecho de insolvencias, pese a su previa reforma hacía poco más de dos años y medio, continuaba siendo insuficiente para evitar la liquidación concursal en la que la gran mayoría de las empresas terminaban tras acudir al concurso de acreedores, el legislador apostó por llevar a cabo una nueva reforma que pudiese incrementar las posibilidades de escapar a este final, siendo éste el contexto que dio lugar al Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Pues bien, dejando a un lado este buscado cambio de «final de ruta», si se nos permite la expresión, cabe destacar que la sección de calificación también fue objeto de reforma por este Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, pudiendo significarse los siguientes cambios sufridos por ella:

— En primer lugar, la eventual condena al déficit concursal, pese a que fue una de las protagonistas de la atención reforma, volvió a modificarse al objeto de incluir lo que, para muchos, era una mera aclaración innecesaria pero que, como suele suceder, su omisión había dado lugar a polémicas interpretaciones por parte de algunos operadores jurídicos. A tal efecto, se incluyó *ad extra*, respecto de la tipología de las actuaciones que podían dar lugar a esta eventual condena, que éstas eran subsumibles en ella «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*».

Esta, en nuestra opinión, mera adición aclaratoria, trató de suplir las dudas interpretativas que para algunos se habían suscitado ante el silencio que al respecto se desprendía de la dicción literal del antiguo art. 172 *bis* LC que había sido introducido con carácter autónomo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre; silencio que fue en todo caso suplido acogiendo la interpretación que venía realizando mayoritariamente la doctrina al considerar que, pese a la falta de una inclusión expresa, debía acudirse a la aplicación del tipo general de culpabilidad donde tales extremos indubitadamente eran exigidos.

Ahora bien, esta nueva dicción abrió la puerta al nacimiento de una nueva controversia interpretativa centrada, en esta ocasión, en dos extremos: (a) si esta nueva dicción debía o no derivar en una graduación de la condena «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*»

- y (b), estrechamente relacionada con lo anterior, nos encontramos con las discrepancias que surgieron respecto de la determinación de la naturaleza de esta sanción, considerada del tipo resarcitoria¹³.
- En segundo lugar, con esta reforma se incorporó un nuevo supuesto al abanico de presunciones de culpabilidad a fin de poder enjuiciar el comportamiento tanto de los socios como de los administradores ante una eventual suscripción de un acuerdo de refinanciación lo que, como ya habrá podido advertir el lector, llevó consigo una nueva ampliación del ámbito subjetivo de la sección sexta al configurarse a los socios como posibles afectados por la culpabilidad concursal.

(iii) La Ley 9/2015, de 25 mayo, de medidas urgentes en materia concursal

Lo primero que debe advertirse al analizar la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, la tercera reforma a tener en cuenta en el ámbito de la sección de calificación, es que ésta no se limitó única y exclusivamente a convalidar el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, del que trae causa.

Y es que, con ella, el legislador español, al margen de que, efectivamente, vino a convalidar el referido Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, aprovechó la ocasión para incorporar novedades a nuestro Derecho de insolvencias.

En suma, y a los efectos del estudio que aquí nos ocupa, debe significarse que, con esta nueva reforma, cuyo principal protagonista en todo caso fue el convenio concursal —ello con el objetivo de extenderle los principios que se habían establecido para el convenio preconcursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial—, se incorporaron novedosos cambios en la sección sexta con la finalidad de poder dotarla en su regulación de un mayor nivel de precisión legislativa. A tal efecto la Ley 9/2015, de 25 mayo, supuso un cambio en la ubicación de la nueva presunción de culpabilidad relativa a la negativa a capitalizar la deuda o emitir valores o instrumentos convertibles en el marco de los acuerdos de refinanciación; cambio de ubicación que, además, se realizó con una matización en su regulación incorporando a los socios como posibles autores de la actuación con encaje en esta presunción, extendiéndose la conducta susceptible de enjuiciamiento en sede de calificación al marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos sin limitarse así a los referidos acuerdos de refinanciación.

13. *Vid.* la Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256); resolución judicial que, no obstante, advertimos al lector que no estuvo exenta de críticas.

Y, en línea con lo anterior, esta reforma modificó la cláusula general de culpabilidad incorporando en el antiguo art. 164.1 LC la negativa de los socios a capitalizar la deuda. Ello no obstante supuso una suerte de duplicidad en la medida en que también se preveía como presunción relativa de culpabilidad del antiguo art. 165.2 LC.

Asimismo, debe significarse la matización que se realizó respecto de la presunción de culpabilidad relativa a la falta de asistencia de los administradores o liquidadores a la junta de acreedores al añadirse expresamente la previsión de que ello «*siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio*» (antiguo art. 165.1.2º LC, actual art. 444.2º TRLC), lo que en la práctica supuso suavizar o aligerar el régimen de responsabilidad concursal del administrador social al menos en este concreto aspecto.

(iv) El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Como ha sido ya apuntado *ut supra*, la Ley Concursal de año 2003 ha sido una de las que más modificaciones ha podido sufrir en un periodo de tiempo relativamente corto lo que, en última instancia, suponía para los distintos operadores jurídicos tener que enfrentarse a un texto legislativo al que constantemente se le iban añadiendo «parches».

Esta indeseable situación llevó a nuestro legislador a incluir en la Disposición Final Octava de la *ut supra* analizada Ley 9/2015, de 25 de mayo, una habilitación expresa para la aprobación de un texto refundido de la Ley Concursal, habiendo quedado así con ella autorizado el Gobierno para llevar a cabo su elaboración en un plazo de doce meses desde su entrada en vigor, y ello además debiendo tenerse presente que *ex art.* 82.2 CE, esta habilitación incluía expresamente la facultad de regularizar, aclarar y armonizar¹⁴.

Sin embargo, en este plazo de doce meses el Gobierno no llevó a cabo la elaboración de este texto refundido, lo que derivó en que recibiese una nueva habilitación introducida en la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, replicando los términos de la previa habilitación si bien fijando en esta ocasión un nuevo plazo de ocho meses a computar desde la entrada en vigor de esta Ley; entrada en vigor que no se hizo esperar pues esta tuvo lugar a los veinte días de su publicación en el BOE¹⁵.

14. La literalidad de la habilitación, a nuestro juicio, excluiría la innovación legislativa si bien, como analizaremos *ut infra*, en nuestra opinión el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, sí que finalmente supuso una extralimitación por cuanto no se limitó a regularizar, aclarar y armonizar, sino que introdujo novedades en su regulación.

15. Publicación que tuvo lugar el 21 de febrero de 2019.

En este contexto —superando no obstante los plazos inicialmente previstos— se enmarca el Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal¹⁶; Decreto Legislativo que por fin ofrecía a los distintos operadores jurídicos un nuevo y unificado texto que pretendía regularizar, aclarar y armonizar las reglas establecidas en la «parcheada» Ley Concursal de 2003.

Este nuevo texto refundido modificó, por un lado, la tradicional sistemática legislativa de la Ley Concursal y, por otro, la propia literalidad de sus preceptos a fin de poder depurar y erradicar algunas de las controversias interpretativas que habían sido objeto de debate tanto en el campo doctrinal como en el puramente jurisprudencial¹⁷.

Sin embargo, este nuevo texto, lamentablemente nacía ya con la sombra de que pronto debería ser modificado y es que, tal y como incluso se advertía en la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, su publicación y entrada en vigor se producía con carácter previo a la culminación del proceso de reforma en el que estaba inmerso nuestro Derecho de insolvencias con motivo de la debida transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Así pues, esta tarea se llevó a cabo siendo conscientes de que el texto refundido nacía ya con una suerte de fecha de caducidad por cuanto, tal y como se recogía incluso en su propia Exposición de Motivos *in fine*, éste había visto la luz sin haber finalizado el proceso de reforma del Derecho de insolvencias al tener España todavía en aquel momento pendiente la transposición de la referida Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, configurándose por ello tan solo como una «base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad»; debida transposición que, a la postre, supuso como veremos *ut infra* una nueva reforma de gran calado, lo que impidió que este inicial texto refundido pudiese ofrecer la tan necesaria estabilidad legislativa que se buscaba en esta materia.

En cualquier caso, este texto refundido sí que trajo novedades regulatorias para la sección de calificación, pudiendo éstas resumirse aquí si quiera sucintamente como sigue:

16. Cuya publicación se llevó a cabo en el BOE núm. 127, de 7 mayo de 2020.

17. MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *cit.*, p. 386.

- Fue el texto normativo que llevó a cabo la ya anticipada eliminación del «*apoderado general*» con motivo de su sustitución por «*el director*» general como posible persona afectada por la calificación, lo que a su vez se llevó a cabo incluyendo subjetivamente esta nueva figura en la regulación de la condena al déficit concursal y, correlativamente, también en el seno del embargo preventivo de bienes regulado en el antiguo art. 48 *ter* LC.
- Con esta reforma la «autonomía regulatoria» alcanzó a la responsabilidad por daños regulada en el art. 455.2.5º TRLC, lo que suponía configurarla como una acción autónoma que se separaba del supuesto relativo a la salida fraudulenta de bienes del deudor, zanjándose con ello la controversia interpretativa que existía al respecto con la anterior regulación¹⁸.
- En lo que respecta a la eventual condena a la cobertura al déficit concursal (art. 456.1 TRLC), debe significarse que se llevó a cabo una reforma en dos extremos de vital importancia: (a) la expresa tipificación de la solidaridad, acompasándose así este régimen de responsabilidad concursal con el de la responsabilidad societaria *ex* art. 237 TRLS, lo que suponía acoger la tesis que venía siendo defendida por voces autorizadas de nuestra doctrina¹⁹ y (b) la definición del «déficit patrimonial» al que debíamos atenernos en el art. 456.2 TRLC, ya que el *quantum* que debía tenerse en cuenta para fijar este tipo de condena estaba siendo objeto de encendidas discusiones, conceptualizándose así éste de manera objetiva al determinar la nueva dicción legal que «*existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*», lo que supuso positivizar finalmente la tesis del déficit originario

18. Con carácter previo a este cambio operado por el texto refundido de la Ley Concursal nos enfrentábamos a dos tesis contrarias en lo que a la interpretación que se hacía de esta acción: (i) por un lado, aquellos que defendían lo que se denominó como tesis restrictiva, abogaban por circunscribir esta eventual condena indemnizatoria a los supuestos de reintegración de los bienes y derechos extraídos de manera indebida del patrimonio del deudor —sus defensores además se apoyaban en que ésta era la interpretación que parecía inicialmente refrendarse por el propio Proyecto de texto refundido de la Ley Concursal del año 2019— y (ii), por otro, la llamada extensiva que defendía que esta responsabilidad abarcaba un ámbito autónomo de la culpabilidad concursal que no se limitaba a aquellos supuestos de ausencia de restitución de estos bienes indebidamente extraídos del patrimonio del deudor. Pues bien, como ya habrá podido advertir el lector, esta última tesis fue la que finalmente se acogió en el texto refundido en línea con lo que, en todo caso, ya había sido a defendido por el Tribunal Supremo [*vid.* la Sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vera Torres) (RJ\2016\3561) (ECLI: ES:TS:2016:3452)]—.

19. MAGDALENO CARMONA, A. y BENEYTO, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, ISBN: 978-84-9090-047-5, J.M. Bosch, Barcelona, 2015, p. 323.

descartando la tesis contraria que abogada por considerar que éste se correspondía con el déficit final o liquidatorio.

Ahora bien, esta opción legislativa que positivizó la tesis del déficit originario no solo chocó con lo que parecía ser el criterio jurisprudencial que finalmente parecía que iba a consolidarse hasta que llegó esta reforma²⁰, sino que además tampoco resultó exenta de duras críticas por cuanto, por coherencia o, si se prefiere, lógica concursal, el déficit relevante a efectos de esta condena conceptualmente, en nuestra humilde opinión, quizás debería ser el que se obtuviese finalmente tras culminar las tareas de liquidación y, en su caso, de reintegración de la masa activa. Ahora bien, con esta opción legislativa se producen dos efectos a tener en cuenta: (a) ofrece la oportunidad de fijar su *quantum* máximo sin tener que esperar a la finalización de estas tareas liquidatorias y (b), excluye de esta eventual condena los créditos contra la masa, respecto de los que si bien en innumerables ocasiones su elevada cuantía tiene un gran impacto en el resultado final liquidatorio del concurso²¹, ciertamente éstos no guardan una rela-

20. Fiel reflejo de ello es que, atendiendo a la previa normativa, tan solo unos días más tarde de esta reforma nuestro más Alto Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez respecto de esta controvertida concepción del déficit concursal, siendo su criterio precisamente el opuesto a la opción que finalmente fue positivizada por nuestro legislador —*Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 213/2020, de 29 de mayo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\1512) (ECLI: ES:TS:2020:1514): «El precepto no aclara qué debe entenderse por déficit: si, como sostiene la Audiencia, el que a la postre resulta de la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos patrimoniales del concursado para pagar todos los créditos; o, como sostiene el recurrente, el que había al tiempo de la declaración de concurso, cuya determinación resulta de los textos que acompañan al informe de la administración concursal (el inventario del activo y la lista de acreedores). Para desentrañar qué entiende el art. 172 bis.1 por «déficit», a falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad. (...) Es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencias, representadas por el déficit entendido como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado...»—.

21. SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.*, p. 16-17, realiza lo que consideramos unas acertadas reflexiones a las que no podemos más que adherirnos al afirmar que «Naturalmente, la existencia de déficit puede conocerse ya desde que la administración elabora su informe ex artículos 289 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal y comunica el inventario y la lista de acreedores. El solo conocimiento de ese déficit en un momento temprano podría, en efecto, operar, más tarde, como presupuesto habilitante para la acción de cobertura del artículo 456 del texto refundido de la Ley Concursal si concurre con los restantes presupuestos. En este sentido, podría no ser necesaria otra referencia distinta del inventario y de la lista de acreedores. Pero, como hipótesis dialéctica, es indiscutible que el déficit inicial puede variar durante el procedimiento, por ejemplo, (i) merced a las acciones rescisorias de los artículos 226 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, que reintegrarían activos a la masa, o (ii) de acciones de responsabilidad por daños y perjuicios contra los administradores societarios ex artículo 236 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital o (iii) lo relativo a la acción de responsabilidad civil por daños derivada del artículo 455.2.5.º del texto refundido de la Ley Concursal, que, a fecha de la sentencia, habrá sido cuantificada, pero no ejecutada, pudiendo igualmente modificar el montante de la masa activa; o, en sentido contrario, (iv) por el mero incremento de créditos contra la masa, que incrementarían el

ción directa o, al menos, tan directa, con la concreta actuación que pudo llevar a cabo el administrador con carácter previo al inicio del procedimiento concursal —lo que no obsta a que, en todo caso, de no haber abocado a la sociedad a la insolvencia éstos no se habrían generado—.

(v) **La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal**

La última de las grandes reformas que, a día de hoy, ha sufrido nuestro Derecho de insolvencias, especialmente en lo que a la sección de calificación se refiere, es la operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, siendo ésta la que marca las normas que rigen en la vigente sección de calificación, motivo por el cual realizaremos un estudio más detallado e individualizado *ut infra* en el siguiente apartado del presente Capítulo, a cuyo contenido aquí nos remitimos.

No obstante lo anterior, con carácter previo al abordaje de esta última gran reforma legislativa que ha afectado notablemente a la sección de calificación —ello, como veremos, alterando sensiblemente las tradicionales «reglas del juego» que la venían presidiendo—, consideramos oportuno realizar aquí una sucinta referencia a la existencia otros dos cambios legislativos con los que deben contar los distintos operadores jurídicos: (i) por un lado, los cambios que ya han sido operados tanto en el plano sustantivo como en el procesal en diversos ámbitos jurídicos con la recién estrenada entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, a la que *ut infra* nos referiremos, sin perjuicio de que ésta no es aquí objeto de detallado estudio por cuanto no afecta a la regulación de la sección de calificación²² y (ii), por otro, la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia que vio la luz el 7 de diciembre de 2022, a escasos meses de la promulgación en España de la

pasivo. Por ello, quizá, sea preferible, en línea de principio, que el precepto se refiera al fallido concursal y no a un déficit inicial. Desde ese punto de vista, consideraría más oportuno tomar como referencia el balance final de liquidación (artículo 390 LSC) y no otro hito distinto», concluyendo que «por todo lo dicho, de lege ferenda, quizá podría sugerirse otra redacción del artículo 456.2 del texto refundido de la Ley Concursal: «A estos solos efectos, se considerará que existe déficit cuando, concluida la liquidación, el valor resultante de los bienes y derechos de la masa activa según el balance final de liquidación sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos y no satisfechos».

22. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, afecta no obstante a cuestiones tales como la retribución de los administradores, la inscripción en los Registros de bienes, dando una nueva dicción a los arts. 86, 415 y 713 TRLC, etc. No obstante, hay que señalar que la regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, uno de los grandes protagonistas al haber sido incluidos como regla general como requisito de procedibilidad, para asuntos civiles y mercantiles —incluidos los transfronterizos—, excluye de su ámbito de aplicación a la materia concursal, lo que no obsta a que no deban perderse de vista en la medida en que sí pueden afectar a la vía societaria de responsabilidad de los administradores.

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ya que ésta supondrá una nueva reforma nacional de nuestro Derecho de insolvencias cuando se culmine su tramitación, si bien, en todo caso, ésta tampoco supondrá *[al menos a priori]* cambios de calado que pudiesen afectar a la concepción de la actual sección de calificación²³.

1.2 Los nuevos rasgos configuradores de la sección de calificación introducidos por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Como ha sido advertido *ut supra*, la última gran reforma de la sección de calificación que nos ofrece su actual configuración fue la operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)²⁴.

23. La Propuesta de Directiva, cuyo texto se encuentra a fecha 18 de abril de 2025 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0702>, cuenta con el Informe 7/2023 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 14 de marzo de 2023, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea, en el que se concluye que es conforme al mismo —disponible en idéntica fecha en <https://www.senado.es/web/expedientappendixblobserve? legis=14&id1=173898&id2=4>—. Esta Propuesta inició su tramitación a finales del 2022 con la finalidad de aprobar una nueva Directiva que redujese las diferencias en el régimen sustantivo del Derecho de insolvencias de los Estados miembros que permitiese contar con estándares comunes que facilitasen a su vez la inversión transfronteriza, configurándose para ello en torno a tres bloques (i) la recuperación de activos del patrimonio concursal —destacando las reformas en el ámbito de las acciones revocatorias, el rastreo de activos, en la figura del pre-pack e incluso respecto del deber de los administradores de instar la declaración del concurso para evitar la pérdida de valor de los activos—, (ii) la eficiencia de los procedimientos —incluyendo medidas relativas a la liquidación de microempresas insolventes— y (iii) la justa distribución de valor entre los acreedores —resultando especialmente novedosa la creación de los comités de acreedores, lo que se completa con la inclusión de normas de transparencia—. Ahora bien, habrá que esperar a conocer cuál será su versión final para poder determinar si ésta tendrá o no un verdadero impacto en la sección de calificación y, por ende, en la responsabilidad concursal del administrador social.

24. Se recomienda la lectura de MACHADO PLAZAS, J., «Reflexiones en torno a la reforma de la calificación concursal en la Ley 16/2022», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, ISSN-e 2697-0953, Núm. 8, 2022, pp. 33-47; en el que el autor ofrece una razonada crítica de las modificaciones de índole procesal y sustantivo que ésta supuso para la calificación concursal. Asimismo, puede verse un completo análisis de las novedades que afectaron a la sección de calificación en TAGLIAVINI SANSA, R. y GARCÍA MARTÍN, D., «Novedades en materia de calificación concursal», *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, ISSN 1578-956X,

Pues bien, y aun cuando de una primera lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se podría desprender que ésta no plantearía grandes novedades en materia de responsabilidad del administrador societario por cuanto en ella se indica que las previsiones de la Directiva 2019/1023 respecto de los deberes de los administradores sociales se encontraban ya implícitos en la normativa vigente y, a criterio del legislador, con esta reforma no se introdujeron novedades ni el régimen de la acción social ni, tampoco, en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable, la realidad es que un análisis de esta Ley, a juicio de esta parte, sí que evidencia la existencia de cambios de gran calado en la sección de calificación.

Así pues, lo cierto es que el legislador español, tras realizar dicha afirmación en la Exposición de Motivos, reconociendo incluso que la Directiva 2019/1023 no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso pues, no olvidemos, ésta no cuenta con un análogo reflejo en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno donde sí que cuentan en contraposición con un regulación más completa del Derecho penal de la insolvencia, sí que introduce importantes innovaciones que afectan a la calificación concursal²⁵.

Como veremos a continuación, esta Ley 16/2022, de 5 de septiembre, introdujo novedades tales como la creación de un procedimiento abreviado de calificación del procedimiento especial y, en lo que respecta al régimen general, nos encontramos con modificaciones que afectan a extremos tales como, entre otros, el elenco de supuestos que dan lugar a la apertura de la sección de calificación, el informe de calificación, la aceleración de la tramitación de esta sección, la

Núm. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 203-212, donde sus autores abordan con rigor los estos cambios que afectaron a: (1) la formación de la sección sexta de calificación, (2) las alegaciones de los acreedores sobre la calificación del concurso, (3) el informe de calificación de la administración concursal, (4) la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal, (5) el informe de calificación de los acreedores cualificados, (6) la tramitación de la formación sexta y el protagonismo de los acreedores; (7) la participación del coadyuvante en la sección de calificación, (8) la supresión de la vista cuando únicamente se propone prueba documental, (9) la transacción en la calificación, (10) especialidades de la formación de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, (11) modificaciones del contenido de la sentencia de calificación y (12) extensión de la regla de no vinculación a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

25. Aun cuando no es objeto del presente trabajo el análisis de la problemática específica que puede presentar la insolvencia internacional, el lector podrá encontrar completo análisis de esta materia en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Insolvencia internacional: aspectos básicos», en AA.VV. *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023* (Coord. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.), ISBN 978-84-1390-405-4, 2021, pp. 29-40 y CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Derecho Internacional Privado Concursal: los dos grandes modelos de solución», en AA.VV. *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023* (Coord. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.), ISBN 978-84-1390-405-4, 2021, pp. 41-50; siendo estos dos primeros capítulos de esta obra de gran valor doctrinal donde estos autorizados autores ofrecen un riguroso análisis de los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos en casos de insolvencia internacional aportando asimismo las posibles soluciones que se han ido proponiendo para cada uno de ellos.

positivización expresa de la transacción [*al menos en parcial*] que puede llevarse a cabo en ella e incluso la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal, supresión que se ve compensada con el nuevo rol protagonista que se otorga a una parte de los acreedores que el legislador considera como más relevantes y, por ello, a su juicio merecedores de una mayor intervención en la sección de calificación.

(i) Formación de la sección sexta

La primera de las más importantes «reglas del juego» de la sección de calificación que se ven afectadas por esta reforma radica en el hecho de que, tras ella, esta sección se abrirá con independencia de cuál sea la solución del concurso.

Y es que, como recordará el lector, con carácter previo a la reforma operada por esta Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la apertura de la sección sexta se circunscribía a aquellos supuestos en los que, o bien se habría la liquidación concursal, o bien se aprobaba lo que pasó a conocerse como «convenio gravoso», lo que suponía que, en atención a lo dispuesto en el antiguo art. 446.2 TRLC, se excluía la formación de la sección sexta en aquellos supuestos en los que se aprobase un convenio en el que se estableciese, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resultase incumplido²⁶.

Con el nuevo régimen post-reforma la sección de calificación ya no tiene su tradicional carácter eventual, pasando así en la actualidad a un régimen de formación necesaria a excepción, no obstante, de: (a) lo previsto en las nuevas reglas de la calificación abreviada para el [*novedoso*] procedimiento especial de microempresas, donde queda reservada para la liquidación y su eventual formación a instancias de la administración concursal *ex arts. 716 a 718 TRLC*— y (b) de lo establecido para el concurso sin masa *ex arts. 37 bis a 37 quinquies TRLC*, ya que éste podría dar lugar al [*casi*] inmediato archivo del concurso tras el auto de declaración.

26. En tal sentido, resulta oportuno significar aquí la interpretación que nuestro más Alto Tribunal ha dado al referido art. 167.1 LC, respecto de lo que debe entenderse como un convenio no gravoso, determinándose así en la reciente Sentencia núm. 533/2025, de 2 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR\2025\69061) (ECLI:ES:TS:2025:1357), por la que se estima el recurso de casación interpuesto por contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª) de 18 de noviembre de 2020 (rollo 772/2020), reiterando para ello el previo razonamiento realizado por el Tribunal en sus previas resoluciones —Sentencia núm. 456/2020, de 24 de julio, dictada por la el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2687) (ECLI:ES:TS:2020:2528) y Sentencia núm. 61/2019, de 31 de enero (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2019\227) (ECLI:ES:TS:2019:166), que: «*pode-mos concluir que, formalmente, basta que para una clase de acreedores se establezca un pago con una quita inferior a un tercio del importe de los créditos (como ocurre en el presente caso, en que no hay quita) o una espera inferior a los tres años, para que se entienda cumplida la excepción a la apertura de la sección de calificación como consecuencia de la aprobación del convenio.*»

Y, en línea con lo anterior, ahora su formación se adelantada en el tiempo pues, tal y como preceptúa el nuevo art. 446.1 TRLC, en el propio auto por el que se ponga fin a la fase común será donde se ordenará la formación de la sección de calificación.

Ello, unido al nuevo art. 296 *bis* TRLSC, supone que la formación de la sección sexta tiene lugar dentro de los quince días siguientes al de la presentación del informe de la administración concursal; fin de la fase común que conllevará, *ad extra*, la simultánea apertura de la de la fase de liquidación si ésta no estuviese ya abierta (apertura de la fase de liquidación que no obstante no resultará procedente si se hubiese presentado propuesta de convenio).

Esto supone un gran adelanto temporal en la formulación del informe de calificación por la administración concursal —informe que deberá ser remitido por correo electrónico a quienes hubiesen efectuado alegaciones—, lo que podría suponer el riesgo de que en tan primigenio momento del procedimiento ésta no pueda tener conocimiento de algunas cuestiones que pudiesen afectar a su criterio, motivo por el cual en todo caso, *ex art.* 448.5 TRLC, se permite la presentación posterior de una ampliación de su informe en aquellos supuestos en los que después de la emisión del informe de calificación la administración concursal tuviese conocimiento de algún hecho relevante a estos efectos.

Asimismo, tras esta reforma, el actual art. 455.4 TRLC contempla una regla especial para aquellos supuestos en los que la formación de la sección de calificación se ha llevado a cabo por incumplimiento de convenio, supuestos éstos en los que, ahora, la sentencia que declare el incumplimiento del convenio deberá calificarlo como fortuito o como culpable y, en este último supuesto, contendrá *ad extra* los pronunciamientos contenidos en los apartados 1 y 2 del citado artículo, lo que supone incluir la causa o causas en que se fundamente la calificación y los pronunciamientos obligatorios para la sentencia que califique el concurso como culpable.

- (ii) El nuevo rol concedido a los acreedores más relevantes en la sección de calificación: su conversión en «actores principales»

Como ha podido ser anticipado *ut supra*, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, dota de un papel protagonista en la sección sexta a determinados acreedores que el legislador ha considerado relevantes, lo que supone una potenciación de sus facultades en esta sección como consecuencia de los importantes roles de los que tras esta reforma gozan; nuevos roles que GÓMEZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E. (2023)²⁷ resumen en tres aspectos: (a) proporcionar información relevante para el enjuiciamiento de la sección de calificación, (b) formular un informe propio de calificación culpa-

27. GÓMEZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E., «El nuevo rol de los acreedores en la calificación tras la Ley 16/2022», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 23 (octubre diciembre), 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.

ble superando las controvertidas limitaciones que la normativa pre-reforma les imponía para ello y (c) personarse y defender la calificación presentada por la administración concursal, posibilitando su participación ahora sí como un verdadero coadyuvante en la sección sexta.

Con esta reforma el legislador español ha apostado por abandonar las limitaciones en la actuación que los acreedores tenían en el sección de calificación; limitaciones que, tras haber sido objeto de incesantes debates doctrinales y jurisprudenciales, finalmente habían sido aclaradas por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo en su paradigmática Sentencia núm. 10/2015, de 3 de febrero²⁸, en la que nuestro más Alto Tribunal tuvo la oportunidad de aclarar cuál era el verdadero alcance de la actuación de los acreedores en la sección sexta rechazando con ello la postura que algunos defendían por la que se le conferiría al acreedor el poder de deducir pretensiones de calificación y condena autónomas en sus escritos de personación *ex* antiguo art. 447 TRLC²⁹ —postura de la tesis extensiva—, para acoger finalmente la tesis restrictiva por cuanto ésta era la que se acompañaba con la propia literalidad de la norma que reservaba estas facultades para la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Vemos por tanto cómo, tras el dictado de esta Sentencia núm. 10/2015, de 3 febrero, dictada por el la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pudo zanjarse el acalorado debate que existía en torno al régimen de intervención de los acreedores en la sección de calificación y, atendiendo al sistema pre-reforma, éste quedó finalmente definido como un régimen especial de intervención por cuanto éste era condicionado y limitado al solo poder «interesar indirectamente», en un momento previo al de los informes de calificación, la calificación de culpabilidad ya que única y exclusivamente se encontraban verdaderamente legitimados para formular «*propuestas de resolución*» mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal. Ello suponía que los acreedores y otros posibles interesados en la calificación podían pedir o interesar la calificación de culpabilidad que podía ser o no acogida por la administración concursal y/o por el Ministerio Fiscal, careciendo los acreedores de la legitimación activa suficiente para su formulación directa e incondicionada, lo que no obstaba a que sí se les reconociese de manera incontrovertida tanto la facultad de intervención como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, como la posibilidad de apelar, habiendo quedado así su posible intervención configurada y delimitada por la doc-

28. Sentencia núm. 10/2015, de 3 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Paipol) (RJ\2015\644) (ECLI: ES:TS:2015:560).

29. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 536/2012, de 20 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Soriano Guzmán) (JUR\2013\59175) (ECLI: ES:APA:2012:4110).

trina de nuestro Tribunal Supremo como una suerte de intervención adhesiva simple del art. 13.1 LEC³⁰.

Sin embargo, aun cuando éste fue el criterio que fijó el Tribunal Supremo y, consecuentemente, el que finalmente adoptaron el resto de juzgados y tribunales tras el dictado de esta Sentencia núm. 10/2015, de 3 febrero, ello no obstó a que la tesis adoptada continuase siendo objeto de críticas por quienes consideraban que, siendo en última instancia los acreedores quienes sufrían las consecuencias de la insolvencia de su deudora, deberían tener al menos la posibilidad de someter al enjuiciamiento judicial la conducta de los administradores y otras posibles personas afectadas por la sección de calificación pues, de lo contrario, con esta delimitación de su actuación la responsabilidad concursal en ocasiones no se mostraba como una verdadera herramienta de protección de sus intereses.

Pues bien, con esta reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 septiembre, estas controvertidas limitaciones de la actuación de los acreedores [*al menos de los acreedores que el legislador ha considerado relevantes*] han sido eliminadas gracias al nuevo rol que tienen en ella ya que, en contraposición al sistema pre-reforma, actualmente los acreedores sí que tienen un peso que puede llegar a ser determinante en la sección de calificación:

— En primer lugar, por cuanto se anticipa notablemente su intervención a tales efectos ya que, atendiendo a la dicción del nuevo art. 447 TRLC dedicado a la regulación de las *«Alegaciones sobre la calificación del concurso»*, vemos cómo es en el plazo de comunicación de créditos —esto es, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso— cuando cualquier acreedor o personado en el concurso³¹ se encuentra facultado para enviar por correo electrónico a la administración concursal —esto es, a través de un procedimiento simple y extramuros del propio procedimiento judicial— todo aquello que considere relevante para poder fundar una calificación de culpabilidad del concurso, pudiendo acompañar a estas alegaciones aquellos documentos que sirvan de sustento a sus afirmaciones.

Este anticipo temporal en la formulación de estas «primeras alegaciones», si se nos permite la expresión, respecto de una eventual califica-

30. Ello, en última instancia, se traducía en que los acreedores, en la sección de calificación, sí que podían, una vez iniciado el incidente, proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal; actuación que, no obstante, solo podía estar dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el Ministerio Fiscal —únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas—.

31. Nótese que tal extremo no resulta baladí ya que esta anticipación en la actuación se configura con total amplitud en la medida en que esta facultad no se concede únicamente a los acreedores, sino que se extiende a cualquier personado en el concurso, quienes pueden ejercer esta facultad con el mero envío de un correo electrónico a la administración concursal.

ción de culpabilidad, consideramos que no solo se muestra como oportuna sino también, incluso, casi imprescindible a la vista de la paralela anticipación temporal que se ha acordado en la emisión del informe por parte de la administración concursal a la que *ut supra* ya hemos hecho referencia, ya que toda ayuda para la recopilación por parte de la administración concursal a tales efectos será bienvenida para poder paliar el breve plazo de tiempo que actualmente tienen para la emisión del informe ya que ahora, *ex art. 448 TRLC*, éste deberá ser emitido «dentro de los quince días siguientes al de la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales» y, por ende, en un momento verdaderamente primigenio del procedimiento.

- Ahora bien, no es esta anticipación y su nueva regulación la principal novedad respecto del nuevo rol de los acreedores en la sección de calificación, ya que lo verdaderamente relevante lo encontramos en el art. 449 TRLC en el que el legislador español ha introducido en nuestro Derecho de insolvencias el novedoso «Informe de calificación de los acreedores», cuya rúbrica más precisa debería incluir el calificativo de «cualificados» ya que no todos ellos podrán proceder a su emisión. Así pues, en particular, este *informe de calificación de los acreedores* podrá ser emitido por aquellos acreedores societarios que cumplan con dos esenciales condiciones: haber realizado previamente alegaciones en favor de la culpabilidad conforme a lo que acaba de ser expuesto y, a su vez, que puedan ser considerados como acreedores cualificados por representar, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros en atención a lo recogido en la lista provisional presentada por la administración concursal. De esta forma, aquellos acreedores considerados como cualificados que, además, hubiesen realizado alegaciones respecto de la posible culpabilidad del concurso en el nuevo y anticipado plazo establecido al efecto sí que estarán legitimados para, dentro de los diez días siguientes al de la remisión del informe de calificación del administrador concursal³² (informe que habrá sido emitido teniendo en consideración las previas alegaciones presentadas por el acreedor, las cuales deberán unirse como anejo al propio informe), «presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable»³³.

32. Informe que, en todo caso, habrá sido emitido teniendo en consideración las previas alegaciones presentadas por el acreedor, las cuales deberán unirse como anejo al propio informe. El informe del administrador concursal que interese la calificación de culpabilidad, así como, en su caso, los que presenten los acreedores cualificados, deberá tener la estructura propia de demanda.

33. Nótese que tanto el informe del administrador concursal que interese la calificación de culpabilidad como, en su caso, los que presenten estos acreedores cualificados, deberán tener la estructura propia de demanda.

Éste es sin duda el que para muchos ha sido calificado como un verdadero cambio de paradigma en la sección sexta y es que, sin duda alguna, como convendrá el lector, el hecho de que estos «*acreedores cualificados*» ya no sean unos meros coadyuvantes sino unos actores principales que gozan de la facultad de ser parte a todos los efectos en la sección de calificación con plena legitimación activa en ella, puede resultar determinante ya que, ahora, incluso en aquellos casos en los que la administración concursal abogase por la calificación del concurso como fortuito en su informe *ex art.* 448 TRLC, cabe la posibilidad de que se continúe con la tramitación de la sección de calificación si así lo solicitan en legal tiempo y forma estos acreedores cualificados. Ésta es, por tanto, la razón por la que, como se indica en la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, los acreedores cualificados se configuran como el contrapunto a la *ut supra* referida supresión del informe del Ministerio Fiscal.

- (iii) Cambios en la tramitación de la sección de sexta: nuevas funciones del Ministerio Fiscal y positivizada ausencia de vinculación de los jueces de lo penal y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este nuevo informe de calificación de los acreedores [*cualificados*] y la supresión del informe del Ministerio Fiscal conllevan grandes cambios en la tramitación de la sección sexta, cuyas reglas encontramos en el actual art. 450 TRLC.

Ahora, como ya habrá podido ser advertido por el lector, el destino de la eventual continuación de la sección de calificación recae no solo en el informe de la administración concursal sino también en el de los acreedores cualificados por cuanto si en cualquiera de ellos se interesa la culpabilidad, la sección sexta continuará con la tramitación legalmente establecida en el citado artículo: se llevará a cabo el emplazamiento a los posibles afectados y cómplices para que puedan alegar lo que a su derecho convenga a la vista del contenido de la sección, celebrándose vista dentro de los dos meses siguientes al emplazamiento, pudiendo no obstante ésta quedar sin efecto si así lo determina el juez en caso de que la única prueba solicitada fuese la documental.

Por el contrario, si el informe de la administración concursal interesa la calificación como fortuito y no hay *acreedores cualificados* que hubiesen presentado informe en tiempo y forma³⁴, el juez, sin más trámites, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 450.6 TRLC dictará auto ordenando el archivo de las actuaciones sin que éste pueda ser susceptible de recurso alguno.

Ahora bien, aun cuando como ha sido ya advertido se ha suprimido el informe de calificación que tradicionalmente era emitido por el Ministerio

34. Recuérdese que el único informe que pueden presentar los acreedores cualificados es el de culpabilidad.

Fiscal, ello no debe llevarnos a la *[errónea]* idea de su nula intervención en esta nueva sección de calificación, cuya intervención no ha desaparecido sino mutado.

Así, tras la reforma, el papel que el legislador le ha dado al Ministerio Fiscal es del promover, en su caso, una eventual acción penal con motivo de los posibles delitos que puedan aflorar de los hechos que se recojan en cualquiera de los informes de calificación. Por tanto, ahora, *ex art. 450 bis* TRLC, en caso de que en alguno de estos informes se pusiera de manifiesto la posible existencia de hechos constitutivos de delitos que no sean de los perseguibles únicamente a instancia de la persona agraviada, el juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste pueda valorar si ha lugar o no al ejercicio de una acción penal.

Ello, no obstante, se ve completado con la expresa desvinculación que el legislador le ha dado a la sección de calificación respecto de ámbitos penal y contencioso administrativo, habiéndose introducido *ex art. 462* TRLC la expresa regla de no vinculación de los jueces de dichos ámbitos, determinando al efecto que *«la calificación no vinculará a los jueces de lo penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito, ni a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado»*³⁵.

- (iv) El expreso reconocimiento de la *[limitada]* transacción en la sección sexta La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha acogido una de las peticiones que con gran intensidad se venían realizando por los distintos operadores jurídicos: la positivización de la posibilidad de transacción en la sección

35. Nos encontramos así ante una específica regla de aplicación al ámbito exclusivo de la sección de calificación, debiendo significarse que, por lo que respecta a los incidentes concursales, el art. 543 TRLC dedicado a regular la «Cosa Juzgada», consagra el carácter plenario del incidente concursal estableciendo que, una vez firmes las sentencias que pongan fin a los mismos, éstas producirán efectos de cosa juzgada. En particular, por lo que respecta a este art. 543 TRLC, se recomienda la lectura de GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Artículo 543. Cosa juzgada. Comentario», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal* (Dir. por VEIGA COPO, A.B. y Coord. por MARTÍNEZ MUÑOZ, M.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-1346-439-8, Vol. 2, 2021, , pp. 1132-1133, p. 1133, destacando la autora que *«Por más que el incidente sea un proceso con un alto grado de autonomía respecto del proceso concursal en el que se inserta, en la medida en que de uno y otro conoce el mismo órgano jurisdiccional, resulta un tanto artificioso recurrir a la institución de la cosa juzgada para hacer al juez del concurso estar y pasar por lo fallado en el incidente. Más bien se trata de reconocer que, obviamente, el juez ha de tomar en consideración su propio pronunciamiento, sea o no firme (y mientras no sea revocado por otro dictado en sede de recurso) en el conjunto de las actuaciones que integran el proceso concursal. La prescripción del art. 543, en consecuencia, despliega sus efectos, sobre todo, ad extra del proceso concursal en el que se ha sustanciado el incidente en cuestión. O sea —e insistimos, siempre que coincidan las partes—, en otros concursos de acreedores, o en otros procesos civiles»*.

de calificación en su nuevo art. 451 *bis* TRLC; positivización que, no obstante, ofrece la posibilidad de solo una limitada transacción.

Así pues, pese a que este nuevo art. 451 *bis* TRLC recoja expresamente la posibilidad de que se lleve a cabo una transacción en la sección sexta, de su mera lectura se desprende que ésta se ha configurado con un carácter expresamente limitado ya que (a) se circunscribe al contenido económico de la calificación, quedando fuera de tal posibilidad el resto eventuales condenas como la condena de inhabilitación, (b) los legitimados para alcanzar una propuesta de transacción son la administración concursal, los acreedores cualificados que hubiesen presentado informes, las personas afectadas por la calificación y los cómplices, si bien ésta deberá ser autorizada por el juez y (c) en cuanto a su tramitación hay que estar al específico sistema regulado a tal efecto por lo que ésta se podrá llevar a cabo tras la presentación de los correspondientes informes de calificación³⁶ y, en todo caso, como acaba de ser advertido esta transacción deberá ser objeto de aprobación —que no homologación— por el juzgador tras haber dado traslado de la solicitud de autorización al resto de personados en la sección de calificación a fin de que, en el plazo de diez días, puedan efectuar las alegaciones que a su derecho convinieren.

De la literalidad de lo preceptuado parece desprenderse que es el juez quien deberá decir si la autoriza o no y, esta autorización, entendemos que podría tener lugar aun cuando no exista unanimidad o conformidad de todos los legitimados para transar *ex* art. 451.1 *bis* TRLC ante el silencio por el que ha optado el legislador en este aspecto³⁷, pudiendo ser ésta en todo caso objeto de recurso de apelación por quien se hubiese opuesto a ella.

(v) Los principales cambios en la sentencia de calificación

Dejando a un lado los cambios introducidos en materia de imposición de costas *ex* arts. 455.3.1³⁸ y 455.3.2³⁹, así como también la nueva

36. Habrá que esperar por tanto tras a la presentación del informe del administrador concursal (fortuito o culpable) y, en su caso, de la eventual presentación de acreedores cualificados (culpable).

37. Consideramos que ésta es la interpretación que se debe realizar de este silencio legislativo en la medida en que sí prevé que aquellos que se hubiesen opuesto a la aprobación de la transacción podrán interponer frente a su eventual autorización recurso de apelación (por el contrario, de no autorizarse, frente al auto que la denegare no cabría interponer recurso alguno).

38. «3. *En materia de costas, serán de aplicación las siguientes reglas especiales:* 1.^a *La sentencia que desestime la solicitud de calificación del concurso como culpable a solicitud de la administración concursal no condenará a esta al pago de las costas, salvo que concurra temeridad*». Cabe significar que el legislador ha guardado silencio respecto de qué sucedería con la eventual repercusión para los acreedores que hubiesen solicitado la culpabilidad, lo que podría ser no obstante completado a la luz de las reglas generales de imposición de costas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

39. «3. *En materia de costas, serán de aplicación las siguientes reglas especiales:* (...) 2.^a *La sentencia que estime la solicitud de calificación del concurso como culpable no condenará a las personas afectadas por la calificación o declarados cómplices al pago de las costas en que hubieran*

exigencia de notificación a los respectivos registros de la inhabilitación tipificada en el art. 455.2.º TRLC⁴⁰, consideramos oportuno destacar que la principal novedad que al efecto se ha introducido con esta Ley 16/2022, de 5 de septiembre, es la que afecta a las eventuales condenas al pago de los daños y perjuicios a personas afectadas, bien por la calificación, bien por su declaración como cómplice, ya que ahora se preceptúa en el art. 455.2.5º TRLC⁴¹ que ésta puede establecerse «*con o sin solidaridad*».

(vi) Calificación abreviada para el procedimiento especial de microempresas
Como es objeto de específica explicación en la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se ha introducido en nuestro Derecho de insolvencias un específico y novedoso procedimiento abreviado de calificación destinado a las microempresas.

Su ámbito de aplicación se muestra circunscrito a los procedimientos concursales de microempresas y, por ende, *ex art.* 685 TRLC, al de aquellas sociedades que hayan empleado durante el año anterior una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a los trescientos cincuenta mil euros —ello en atención a las cifras que arrojen las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior—; criterios que se computarán en la base consolidada en caso de que forme parte de un grupo.

Este procedimiento abreviado de calificación se configura con significativas diferencias respecto de la «general» sección de calificación que acabamos de analizar *ut supra*, pudiendo significarse a este respecto si quiera de un modo sucinto que: (a) en estos supuestos la calificación solo se abrirá en caso de liquidación sin que, por tanto, ello se produzca en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación⁴²; (b) ni tan siquiera puede considerarse obligatoria su apertura en casos de liquidación ya que, como regla general, para ello resultará necesario que soliciten su apertura acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo total, o que lo interesen los socios personalmente responsables de las

incurrido los legitimados personados en la sección sexta para defender la calificación del concurso como culpable». Entendemos que, *sensu contrario*, podría dar lugar a la imposición de condena en materia de costas a los acreedores (cualificados) que hayan ejercitado la pretensión de culpabilidad.

40. Tras la reforma, si atendemos al contenido del nuevo art. 455.2.2º TRLC, cabe significar la exigida notificación a los respectivos registros (Registro de la Propiedad y Registro Mercantil) en aquellos supuestos de inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.

41. «2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados».

42. Lo que no obsta a que los posibles comportamientos antijurídicos que eventualmente habrían sido objeto de enjuiciamiento en la calificación queden impunes ya que éstos podrán ser objeto del oportuno reproche judicial en otras instancias tales como, en posibles juicios de responsabilidad o incluso en la vía penal.

deudas de la sociedad o, también, cuando lo solicite cualquier acreedor —sin importar su tamaño y tipología— si objetivamente puede considerarse que se ha producido una ocultación o falsificación de la información provista durante el procedimiento especial⁴³ y (c) la calificación, de tener lugar, se tramitará acudiendo al específico procedimiento abreviado contenido en el art. 717 TRLC, cuyo inicio ni tan siquiera requiere la finalización de las labores de liquidación al poder desarrollarse en paralelo durante el resto del procedimiento —ahora bien, en el supuesto de que aún no hubiese sido nombrada una administración concursal, sí que deberá procederse en todo caso a ello encontrándonos con una tramitación análoga a la que podríamos denominar como «ordinaria» o «general»—.

La regulación contenida en los arts. 717 y 718 TRLC sigue en su tramitación un esquema que no nos parece desconocido en cuanto que principia con la presentación de un informe por la administración concursal en el plazo de veinte días desde la apertura del procedimiento abreviado o desde el nombramiento expresamente realizado a tales efectos, plazo éste en el que los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y, en todo caso, los acreedores públicos —esto sí que es novedoso respecto al tradicional procedimiento—, podrán presentar su informe.

En este contexto regulatorio debe tenerse en cuenta que, si el informe de la administración concursal interesase la calificación de concurso fortuito, salvo que alguno de los acreedores públicos hubiese presentado informe interesando la culpabilidad, el juez ordenará, sin más trámites, el archivo de las actuaciones; archivo que además no podrá ser objeto de recurso.

Ahora bien, si el informe de la calificación concursal o el de algunos de los acreedores públicos interesasen la calificación como culpable, como no podría ser de otra forma su tramitación pasa por dar traslado al deudor y al resto de personas afectadas y cómplices para que puedan aceptar u oponerse a la calificación⁴⁴, debiendo convocarse en un breve plazo a las partes en su caso para llevarse a cabo una vista que, en la Exposición de Motivos se configura como telemática aunque no expresamente se especifica así en el art. 717 TRLC, pudiendo no obstante celebrarse «una vista ordinaria» cuando se considere necesario para la correcta práctica de pruebas.

Éstas son por tanto las principales especialidades que presenta la novedosa calificación abreviada para el procedimiento especial de microempresas ya que, *ex art.* 718.1 TRLC, debemos acudir a la regulación del libro primero respecto de las disposiciones generales de la calificación del concurso y de la sentencia de calificación, habiéndose incluido no obstante como especialidad en el apartado segundo del citado artículo que, respecto de las presunciones de culpabilidad, se considerará *ad extra* como una presunción *iuris et de iure* la provisión de información o docu-

43. *Vid.*, a tal efecto, los art. 716 a 718 TRLC, en relación con el art. 688 del citado texto legal.

44. Oposición para la que resulta preceptiva la intervención de abogado.

mentación gravemente inexacta o falta en atención de las previsiones contenidas en art. 688 TRLC⁴⁵.

Esta reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha sido la última de las reformas legislativas que puede considerarse de calado respecto de la sección de calificación⁴⁶.

2. LA MORATORIA CONCURSAL: EFECTOS Y RIESGOS INHERENTES A ESTA NOVEDOSA FIGURA TEMPORALMENTE INTRODUCIDA EN NUESTRO DERECHO DE INSOLVENCIAS

Llegados a este punto del trabajo que nos ocupa hemos considerado necesario realizar al menos unas breves reflexiones respecto de las novedades legislativas que afectaron, aun en un concreto ámbito temporal, al ámbito de la responsabilidad concursal con motivo de la pandemia global en la que nos vimos inmersos en el año 2020.

Y es que, aun cuando estas reformas nacieron sin vocación de permanencia a diferencia de las que acaban de ser expuestas *ut supra*, conviene realizar al

45. «Artículo 688. Presentación de información o documentación gravemente inexacta o falsa. 1. El procedimiento especial se calificará como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 2. Si el juez, las partes o, en su caso, la administración concursal, apreciaran la posible existencia de un hecho que ofrezca apariencia de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, se acordará poner a disposición del Ministerio Fiscal el expediente judicial electrónico, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal. Se entenderá que se incurre en inexactitud grave cuando el importe total de un ejercicio, del pasivo o el del activo o el de los ingresos o el de los gastos fuese realmente superior o inferior al veinte por ciento del consignado en el formulario, siempre que suponga un importe de al menos 10.000 euros».

46. En QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal: de ayer y de hoy», *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, N.º. 114 (junio), 2024, pp. 1 a 10 de la edición digital, tras realizar el autor un completo estudio histórico de la configuración de la responsabilidad concursal desde sus inicios y hasta nuestros días, culmina con la siguiente reflexión a la que nos unimos: «la responsabilidad concursal sigue siendo motivo de un doble debate abierto, que alcanza no solo a su naturaleza, sino también a la propia coherencia de su existencia. En primero de estos debates ha perdido, ciertamente, intensidad como consecuencia de la propia evolución legislativa, pues si, en un principio, cabía pensar que una responsabilidad que se desencadena como consecuencia de la calificación del concurso como culpable tiene más bien los caracteres de una responsabilidad sancionadora, los elementos que se fueron incorporando en esa evolución, empezando por su propia configuración como condena a la cobertura del déficit concursal y siguiendo por la progresiva causalización en su exigencia, han ido inclinando la balanza hacia la responsabilidad indemnizatoria con bastante claridad. Otra cosa es la habitual crítica a la existencia en sí misma de esta responsabilidad para quienes entienden que la reacción jurídica al concurso culpable debe estar en el ámbito penal cuando concurren los caracteres de los tipos delictivos de la insolvencia punible, y exclusivamente allí, pues mantener la doble dimensión, concursal y penal, siendo así que puede haber efectos concurrentes (la inhabilitación, la pérdida de derechos, la indemnización de daños, etc.), no está lejos de rozar con el «non bis in idem»».

menos una sucinta reflexión del impacto que éstas tuvieron —y, de hecho, aún nos encontramos con procedimientos judiciales en los que estas [*temporales*] normas son las que sirven de parámetro de enjuiciamiento por el lapso temporal inherente a la vía judicial—, desde el punto de vista del administrador en el plano de su responsabilidad.

Como recordará el lector, la grave crisis mundial provocada por el COVID-19 llevó aparejada tiempos convulsos en muchos de los ámbitos de nuestra vida y, el ámbito legislativo, no se quedó al margen, habiendo quedado éste marcado en sus inicios por la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuya Disposición Adicional Cuarta se acordó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.

Sin embargo, este Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo fue solo la primera de las excepcionales medidas legislativas que fueron acordadas con motivo de esta crisis y, de hecho, superado el estado de *shock*, si se nos permite la expresión, en el que vivimos durante los primeros días marcados por el temor y el desconcierto con el que nos enfrentábamos ante un escenario desconocido, su efecto llegó a su fin el 4 de junio de 2020 alzándose la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones en atención a lo dispuesto en el art. 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma.

Ahora bien, éste solo fue el inicio del «Derecho excepcional» al que nos enfrentamos los distintos operadores jurídicos con motivo de la crisis del COVID-19, siendo el ámbito de responsabilidad de los administradores, tanto en su vertiente societaria como en la concursal, uno de los que más modificaciones sufrió.

En particular, en el ámbito concursal, esta excepcionalidad legislativa afloró unas reglas del juego propias y más extendidas en el tiempo, introduciéndose por primera vez en nuestro Derecho de insolvencias una figura hasta entonces desconocida relativa a la suspensión de la obligación de presentar el concurso de acreedores en atención a lo dispuesto por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19; suspensión que fue calificada como «*moratoria concursal*».

Esa [*novedosa*] moratoria concursal vio la luz por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico con un marcado carácter de excepcionalidad y breve vigencia temporal por cuanto nació con una previsión de extensión limitada en el tiempo hasta el 14 de marzo de 2021.

No obstante, esta limitación temporal se dejó sin efecto *in extremis* el 12 de marzo de 2021, fecha en la que esta moratoria concursal fue prorrogada con el objetivo de evitar una «avalancha» de procedimientos concursales —si se nos permite la expresión—, aprobando al efecto el Gobierno lo que fue la primera de las prórrogas en el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE del 13 de marzo); primera prórroga que suponía la suspensión de esta obligación de presentar solicitud de concurso de acreedores hasta el 31

de diciembre de 2021; ello no obstante sin perjuicio de que, a su vez, ésta se volvió a extender, en esta ocasión hasta el 30 de junio de 2022, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

Ahora bien, como algunos venimos advirtiendo de sus inicios, esta moratoria concursal nunca estuvo verdaderamente exenta de riesgos para el administrador societario en lo que su régimen de responsabilidad se refiere —régimen de responsabilidad que, no olvidemos, se ve afectado no solo por el régimen concursal sino también por el societario—, como así advertimos desde la doctrina y, posteriormente, nuestros juzgados y tribunales están paulatinamente confirmando, y es que:

- (i) En primer lugar, aunque ya superado, nos encontramos con que durante un breve periodo temporal la propia dicción de esta normativa generó lo que podrían denominarse como «lagunas de riesgo», si se nos permite la expresión.

A este respecto, conviene significar que en el Real Decreto-ley 5/2021, se preceptuaba, respecto de la suspensión de la obligación de presentar concurso de acreedores en el plazo que el TRLC establecía de dos meses desde que conociese la situación de insolvencia, que su cómputo debía partir de la fecha de finalización del plazo de suspensión del citado deber mientras que, sin embargo, ello a nuestro juicio no se mostraba coherente —o, al menos coordinado—, con el régimen de inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que se hubiesen presentado desde el 14 de marzo de 2020 por cuanto ésta se limitaba en el tiempo únicamente hasta el 31 de diciembre de 2021. Esta distorsión suponía a nuestro juicio que, atendiendo a la literalidad de la norma, en caso de que el administrador societario optase por esperar estos dos meses para formular la solicitud de concurso voluntario, asumía el riesgo de que se admitiese a trámite un concurso necesario (lo que podría tener un eventual impacto que en última instancia en una eventual condena en la pieza de calificación).

No profundizaremos más en este riesgo que tan solo hemos querido dejar apuntado si quiera a modo de sucinta reflexión ya que, finalmente, como ha sido anticipado *ut supra* la moratoria concursal se extendió hasta el 30 de junio de 2022 en atención a la Disposición Final contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, lo que supuso una neutralización de facto de este riesgo.

- (ii) En segundo lugar y, en esta ocasión, con un gran riesgo en el ámbito de la responsabilidad del administrador, debía tenerse muy presente que esta moratoria concursal no ofrecía protección frente a eventuales responsabilidades extra-concursales como las societarias que sí permanecían vigentes con la única excepción de la protección conferida respecto del régimen de responsabilidad por deudas sociales de los administradores *ex art.* 367 TLSC por la adicional «*moratoria contable o societaria*» que fue acor-

dada en paralelo respecto de la determinación de la concurrencia o no de causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC extendida finalmente —al menos a priori— hasta el 2026 tras haber sufrido algunos vaivenes legislativos a comienzos del año 2025⁴⁷—.

47. Conviene significar que la pandemia causada por el COVID-19 tuvo un impacto regulatorio en dos de las obligaciones que recaen sobre los administradores de sociedades de capital: (i) por un lado, como acaba de ser expuesto, en atención a la moratoria concursal y sus sucesivas prórrogas, quedó suspendida la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde la manifestación de la situación de insolvencia actual hasta el 30 de junio de 2022 y, (ii) por otro, como consecuencia moratoria contable o societaria que adicionalmente también fue acordada, también se vieron afectadas las obligaciones del administrador social relativas a la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) TRLSC —moratoria societaria respecto de la que se recomienda la lectura de MORALES MENÉNDEZ, I., *La disolución de las sociedades de capital. Cuestiones de régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-1147-575-4, 2023, pp. 263-273—.

Pues bien, por lo que respecta a la moratoria societaria, ésta supuso excluir en un primer momento las pérdidas acaecidas durante el año 2020 a fin de analizar si concurría o no la causa de disolución por pérdidas en ese ejercicio, moratoria que sí sufrió una mayor extensión temporal, recientemente renovada además aun cuando con importantes vaivenes normativos que llegaron a dejarla en el aire a comienzos del año 2025.

Esta medida fue inicialmente acogida en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y, en esta primera configuración, se limitaba a la suspensión de la obligación de convocar junta general para instar la disolución en caso de acaecer cualquier causa legal o estatutaria hasta la finalización del estado de alarma. Sin embargo, no sólo se extendió en el tiempo sino que sufrió una mutación en sus prórrogas por cuanto en una segunda etapa, con motivo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al CIVOD-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, finalmente esta moratoria societaria quedó circunscrita a la causa de disolución por pérdidas regulada en el art. 363.1.e) TRLSC preceptuándose a los solos efectos de su determinación que no debían tomarse en consideración las pérdidas del ejercicio 2020, por lo que cabía esperar hasta el resultado del ejercicio 2021 a fin de analizar si la sociedad se encontraba incurso o no en esta causa de disolución conocida como «pérdidas agravadas».

Esta previsión fue no obstante modificada por el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación y, tras ella, para determinar la concurrencia de la causa de disolución del art. 363.1.e) TRLSC no debían tomarse en cuenta ni las pérdidas del 2020 ni tampoco las del 2021, lo que suponía que tan solo si en el resultado del ejercicio del 2022 se apreciaban pérdidas agravadas, debía convocarse en el plazo de dos meses la junta general. Ahora bien, en el mes de diciembre de 2022 esta medida fue nuevamente prorrogada y así, en el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, ésta se extendió al determinar que «las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021» no se tendrán en cuenta para analizar si concurre o no esta causa de disolución «hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2024», afectando así a los ejercicios 2022, 2023 y 2024, ejercicios en los que los administradores no tendrán que tomar en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 a los únicos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el art 363.1.e) del TRLSC. Ahora bien, ésta no fue ni mucho menos su última prórroga sino que, en este contexto, esta moratoria societaria sufrió una nueva extensión temporal hasta el año 2026 con motivo del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vul-

(iii) Por último, en tercer lugar, con un mayor impacto en lo que a la responsabilidad concursal se refiere, esta suspensión (que no imposibilidad) del deber de solicitar la declaración de concurso podía ofrecer cierta protección al vetar la presunción de culpabilidad del art. 444.1 TLRC —a la que *ut infra* nos referiremos— en una eventual tramitación de una sección de calificación pero, en nuestra opinión, la moratoria concursal no impide que la actuación del administrador durante el periodo de su vigencia pueda ser objeto de enjuiciamiento bajo la óptica de la cláusula general de culpabilidad del art. 442 TLRC —esto es, determinando si su actuación u omisión, gravemente culposa o dolosa, habría generado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad, a la que igualmente *ut infra* nos referiremos—.

Y todo ello además sin perjuicio de que esta protección, en atención al propio espíritu de la ley, no ofrece en rigor técnico protección alguna a quien ya se encontraba en situación insolvencia con carácter previo a la crisis provocada de la pandemia y no cumplió en tiempo y forma con su obligación de solicitar el concurso de acreedores⁴⁸.

nerabilidad social en virtud del cual, a pocos días de su finalización, acordó extenderla nuevamente en el tiempo indicando que a estos efectos «no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2026». Sin embargo, como seguro recordará el lector, este Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre no fue convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados reunido en sesión extraordinaria el miércoles 22 de enero de 2025, lo que supuso la derogación, entre otras medidas, de este régimen societario excepcional por pérdidas graves, quedando así en el aire esta medida hasta que, finalmente, el Real Decreto-ley 4/2025, de 8 de abril, de medidas urgentes de respuesta a la amenaza arancelaria y de relanzamiento comercial, ha recuperado esta moratoria societaria un año más sin que, hasta el cierre del ejercicio iniciado en 2025, deban computarse las pérdidas acumuladas correspondientes a 2020 y 2021 —solo estas— para determinar si concurre o no causa de disolución ex art. 363.1.e) TRLSC.

48. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Aragonés Seijo) (JUR\2023\329219) (ECLI: ES:JMG:2023:1278): «La insolvencia concursal concurría desde antes de iniciarse el impago de obligaciones con la Seguridad Social y del impago del cuarto trimestre del IVA de 2019. Con las medidas extraordinarias acordadas por el Gobierno, Ley 3/2020, RDley 34/2020 y RDL 27/2021; no fue obligatorio presentar la solicitud de concurso o precurso hasta el 30 de junio de 2022 y la concursada presentó comunicación de inicio de negociaciones del art. 5 bis el 23/02/2021, y el concurso fue presentado el 23/07/2021. Como ya se dijo en el apartado 4.2.1 «la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones». Era evidente el desbalance patrimonial en el año 2017 y la concursada no podía cumplir sus obligaciones con terceros, pues los préstamos con sociedades de grupo estaban vencidos, eran líquidos y exigibles y así se puede advertir de la propia contabilidad del concursado. La concursada era perfecta conocedora de esta insolvencia, pues amplió el capital social en 2018 pero no se logró revertir esta situación de incumplimiento de las obligaciones vencidas. Por ello, cuando ya se presentó el precurso la insolvencia existía cuatro años antes. Pese a la existencia de una moratoria concursal, si bien referida a la responsabilidad de la Ley de sociedades de capital, como destacó la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid 635/2021, de 28 de octubre (Roj: SJM M 11858/2021) la moratoria concursal regulada por la Ley 3/2020 —tras el Real Decreto Ley 16/2020— no amparaba «comportamientos irregulares de los órganos de administración de compañías que llevaban años atrás arrastrando pérdidas y en desbalance patrimonial y

Por todo ello, como ya fue advertido por las voces más autorizadas de nuestra doctrina, estas moratorias concursal y societaria no debían hacer bajar la guardia a los administradores societarios por cuanto, con independencia de la parcial protección que ofrecían, no debía perderse de vista el hecho de que la situación de la empresa, ya fuese de insolvencia, ya fuese respecto de dichas pérdidas, en todo caso, existía y no debía ser olvidada por los administradores a la hora de tomar las decisiones que considerasen oportunas en el diligente desempeño de las funciones de su cargo ya que, a nuestro juicio, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de la toma de decisiones que, en última instancia, pudiese ser objeto de escrutinio tanto *ex art. 241 TRLSC* —acción que quedaba incólume durante estas moratorias, lo que supuso en última instancia su resurgir en estos tiempos de crisis por cuanto se convirtió en una de las acciones ejercitadas por los acreedores societarios que buscaban una herramienta de protección ajena a este Derecho excepcional y temporal—, como incluso también en la propia sección de calificación concursal *ex art. 442 TRLC* en los términos que acaban de ser expuestos.

Y ello por cuanto durante estas moratorias y sus prórrogas siguió inmutable el régimen de responsabilidad del órgano de administración social sobre la base del deber de diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 TRLSC), lo que última instancia suponía que: (a) el ecosistema normativo vigente en aquel momento dejaba incólume la responsabilidad del administrador por la vía de la acción individual de responsabilidad de administradores, dotándola así de un renovado protagonismo que se ha traducido en la práctica forense en la existencia ya, a día de hoy, de precedentes jurisprudenciales que avalan esta postura condenando *ex art. 241 TRLSC* al administrador societario y (b) nada obsta a que la actuación del administrador pueda —y deba— ser objeto de enjuiciamiento *ad extra* en una eventual tramitación de una sección de calificación concursal a fin de determinar en qué medida el administrador pudo haber contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia de la sociedad administrada durante dicho periodo aun cuando no estaba obligado a solicitar el concurso pues, insistimos, la moratoria no impedía la posibilidad de que el administrador solicitase la declaración voluntaria de concurso de acreedores.

Pues bien, ambos riesgos o advertencias que se venían realizando por la doctrina, a día de hoy se han materializado ya que no solo contamos con precedentes jurisprudenciales que acogen el éxito de la acción individual *ex art. 241 TRLC*⁴⁹ enjuiciando la actuación del administrador durante estas moratorias extramuros del procedimiento concursal sino que, también, especialmente en lo que respecta al riesgo de responsabilidad concursal en los términos que acaban de ser expuestos, nos encontramos ya con resoluciones judiciales que enjuician dichas actuaciones en el seno de los concursos de acreedores que están siendo

aumentando la deuda social debido a su inacción». Por ello, se incumplió con el deber de solicitar dentro de plazo el concurso de acreedores y el concurso debe declararse como culpable».

49. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. [sic]/2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).

tramitados con posterioridad a estas moratorias y, en éstas, se consideran que, como ya advertimos, siempre y en todo caso, su actuación quedaría bajo la lupa del escrutinio del criterio general de culpabilidad *ex art. 442 TRLC* y, si su actuación durante el periodo de vigencia de la moratoria concursal hubiese generado o agravado la situación de insolvencia de la compañía con dolo o culpa grave, podría enfrentarse el administrador a una clara responsabilidad concursal⁵⁰.

La práctica forense ha acabado por confirmar así el acierto de las advertencias que desde la doctrina se venían realizando con motivo de la aparición de estas tan novedosas como peligrosas moratorias concursal y societaria, encontrándose ya ante diversas resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales que acogen esta interpretación conjunta de la normativa concluyendo con total rotundidad que, efectivamente, los administradores deberán pechar con los graves efectos que sobre su patrimonio puede tener la responsabilidad concursal en aquellos concursos de acreedores declarados tras la expiración de la moratoria concursal en los que, si bien el administrador se encontraba protegido por la moratoria concursal de la presunción del art. 444.1 TRLC, si su actuación en ese periodo, aun cuando fuese meramente pasiva por la falta de adopción de medidas adecuadas ante la insolvencia de la sociedad administrada, hubiese generado o agravado la insolvencia con dolo o culpa grave, *ex art. 442 TRLC*.

Muestra de estos primeros pronunciamientos jurisprudenciales en los que nuestros juzgados y tribunales están teniendo ya la oportunidad de pronunciarse a este respecto es la Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander⁵¹, cuya *ratio decidendi*, en nuestra opinión, acertadamente acoge esta limitada protección que suponía para el administrador incluso en sede concursal esta moratoria concursal al determinarse en ella que, si bien «*La norma deroga el deber legal del artículo 5 TRLC, y por lo tanto deja carente de base la presunción iuris tantum de culpabilidad del art 444.1 TRLC*», ello no obsta a que puedan ser objeto de reproche en una eventual sección de calificación la conducta —activa y omisiva— llevada a cabo por el administrador durante el periodo de vigencia de la moratoria concursal, periodo en el que si bien no estaba obligado el administrador a solicitar el concurso, ello no supone en modo alguno que su conducta quede impune en el procedimiento concursal en el que posteriormente la sociedad se pueda ver inmersa.

50. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 39/2022, de 30 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Leandro Blanco García-Lomas) (JUR\2022\222003) (ECLI: ES:JMMU:2022:4783): «*la asistencia letrada de PET FUTURE y de doña Berta sostiene que PET FUTURE solicitó el concurso dentro del plazo previsto en la ley, teniendo en cuenta, además, la existencia de la moratoria concursal. 7. En consecuencia, el objeto de la controversia, respecto de la petición de calificación culpable del concurso, ha de ceñirse a analizar el alcance y naturaleza de la cláusula o regla general, así como de las presunciones de los artículos 443 y 444 de la LC y comprobar la certeza del conjunto de hechos esenciales invocados por la AC y el MF a efectos de subsumirlos en la cláusula o regla general, así como en las presunciones invocadas*».

51. Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).

En particular, en el supuesto que fue sometido a enjuiciamiento en esta ocasión al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander se basaba en el reproche que se contenía en el informe de la administración concursal en el que ésta interesaba la calificación de culpabilidad por la actuación llevada a cabo por el administrador social durante el periodo que en nuestro Ordenamiento Jurídico estuvo en vigor la moratoria concursal no por esta presunción del art. 444.1 TRLC, sino por cuanto éste permaneció pasivo frente a la falta de actividad e insolvencia de la compañía, permitiendo con ello un incremento del pasivo que podría haber sido evitado de haber mediado una actuación diligente —en particular, como destaca la referida Sentencia, pudo haber instado un expediente de regulación de empleo y no lo hizo, por lo que la sociedad tuvo que asumir finalmente tanto el coste de las nóminas de los trabajadores como el derivado de pago de unas mayores indemnizaciones laborales—, agravando con ello culposamente la insolvencia.

Pues bien, en este contexto, determinó expresamente el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander que *«la conducta del deudor puede por tanto examinarse desde la perspectiva del artículo 442 TRLC, es decir, no amparada en la presunción de retraso del art 444.1 TRLC, siempre que cumpla sus requisitos propios»*, y ello por cuanto *«la única obligación derogada por la normativa COVID en lo que ahora nos interesa, fue la del artículo 5 TRLC, pero el resto de obligaciones de diligencia del administrador social se mantuvieron. Ampararse en una normativa excepcional (que permite no solicitar concurso pese a estar en situación de insolvencia, pero no lo impide, obviamente), para permanecer pasivo ante el agravamiento de la insolvencia sin una causa que lo justifique, constituye un comportamiento antijurídico (atenta contra el deber de diligencia del administrador social), que puede generar un daño causalmente relacionado (agrarar la insolvencia)»*.

Este pronunciamiento judicial corrobora que, como ha sido *ut supra* expuesto, pese a que no pueda aplicarse la presunción del art. 444.1 TRLC a la hora de enjuiciar en una eventual posterior sección de calificación la actuación del administrador social durante el periodo de *[limitada]* protección de la moratoria concursal, ello en nada obsta a que sí se pueda —e, insistimos, también se deba— examinar si dicha conducta, activa u omisiva, con culpa grave o dolo, generó o agravó la insolvencia de la sociedad administrada, pues su conducta en todo caso debe ser objeto de escrutinio bajo el prisma de la cláusula general del art. 442 TRLC; máxime cuando, insistimos, aun no existiendo obligación de solicitar el concurso durante la vigencia de la moratoria concursal lo cierto es que nada lo impedía y, recordemos, la mera pasividad puede ser calificada como gravemente culposa con su correlativa incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia.

Por todo ello, en el supuesto enjuiciado en la citada Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander, el juzgador terminó calificando el concurso como culpable al considerar la conducta llevada a cabo por el administrador social durante la moratoria concursal como reveladora de una omisión gravemente culposa infractora del deber de diligencia, aun en su vertiente de omisión por pasividad; pasividad que en este caso supuso

una «pérdida de oportunidad» al no haber iniciado si quiera un procedimiento de regulación de empleo para reducir el pago de las cuantiosas indemnizaciones a los trabajadores a los que sociedad tuvo que hacer frente lo que, a la postre, supuso un agravamiento de la insolvencia.

Esta materializada advertencia debe analizarse, asimismo, teniendo muy presente el nuevo papel protagonista que les ha sido conferido a los acreedores relevantes en [nueva] sección de calificación concursal en los términos que ha quedado configurada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ya que, en última instancia, aun cuando eventualmente la administración concursal pueda no incluir estas actuaciones en el ámbito de enjuiciamiento de su informe de calificación, como hemos visto éstos, si se cumplen los requisitos procedimentales que han sido ya *ut supra* analizados, sí podrían contar con la necesaria legitimación activa para su interesar la revisión judicial en la sección sexta de la conducta llevada a cabo por el administrador social durante en el periodo de vigencia de la moratoria concursal.

Existe así un manifiesto riesgo de que estas conductas pasadas que algunos pensaban se encontraban protegidas por el paraguas de la moratoria concursal y vetadas de su reproche concursal puedan sin embargo derivar en la actualidad en la inevitable asunción de una responsabilidad concursal con graves consecuencias para los administradores societarios, tal y como se está evidenciando de la más reciente práctica forense⁵².

52. Lo que, además, deberá tenerse especialmente presente por los administradores societarios que igualmente se consideren que se encontrarían amparados por las nuevas y excepcionales moratorias concursal y societarias [geográficamente delimitadas] con motivo de la normativa derivada de la Depresión Aislada de Niveles Altos (DANA) que tuvo lugar el pasado 28 de octubre de 2024 en algunos municipios españoles (*vid.*, a tal efecto, lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2024, de medidas urgentes ante la DANA, el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y afianzamiento frente a los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, el Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social (no convalidado), el Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad y la Resolución de 12 de febrero de 2025, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad.

Capítulo Segundo

LA VIGENTE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

Sumario: 1 LA DELIMITACIÓN OBJETIVA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN. 1.1. La necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave: criterio general de calificación del concurso como culpable del art. 442 TRLC. 1.2. Los «supuestos especiales» del art. 443 TRLC: las tradicionales presunciones *iuris et de iure*. 1.3. Las «presunciones de culpabilidad» del art. 444 TRLC: las tradicionales presunciones *iuris tantum*. 2. LA CONTROVERTIDA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN. 2.1. Delimitación subjetiva ex art. 442 TRLC. 2.2. Breves reflexiones en torno a la figura del administrador de hecho. 2.3. La cuestionada extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora. 3. LA PROTECCIÓN DERIVADA DEL *BUSINESS JUDGMENT RULE*. 3.1. Positivizada protección del administrador en el ámbito societario tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. 3.2. La controvertida aplicación de la *business judgment rule* en la sección de calificación.

1. LA DELIMITACIÓN OBJETIVA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

1.1. La necesaria generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave: criterio general de calificación del concurso como culpable regulado en el art. 442 del TRLC

El objeto de la sección de calificación pasa por el escrutinio judicial de las actuaciones y conductas protagonizadas tanto por el deudor y sus representantes, como de otras personas relacionadas con él, con motivo de la insolvencia de la sociedad⁵³, concepción que no ha mutado en el tiempo desde la propia entrada

53. El lector podrá encontrar un riguroso análisis de la tradicional configuración de la responsabilidad concursal GARCÍA-CRUCES, J.A., «La responsabilidad concursal», en AA.VV. *La responsabi-*

en vigor de la Ley Concursal de 2003⁵⁴, lo que no obsta a que, como ya ha sido previamente referido *ut supra*, los parámetros sobre los que se debe llevar a cabo este escrutinio sí que han sido objeto de sucesivas reformas legislativas —algunas de ellas de gran calado—.

Las causas de la insolvencia que resulten por tanto de aplicación en función del momento temporal analizado son las que marcan las reglas del juego en los eventuales escrutinios que se lleven a cabo en la sección sexta a fin de determinar si el deudor ha actuado de manera «culpable» y, en su caso, si debe entrar en juego —o no— la depuración de las responsabilidades que resulten oportunas, determinándose igualmente el ámbito subjetivo de las personas sobre las que podrá recaer la responsabilidad concursal.

Para ello, la primera de las cuestiones a tener en cuenta es lo dispuesto en el actual art. 442 TRLC, ya que en él, en análogos términos a lo que ya sucedía con la anterior Ley Concursal, se formula el criterio general de calificación de culpabilidad delimitándola a aquellos supuestos en los que «*en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones*».

Centrando ahora nuestro estudio en el ámbito objetivo de este criterio general de culpabilidad⁵⁵, vemos cómo la conducta que en este art. 442 TRLC se tipifica exige dos elementos: (i) el elemento puramente objetivo que se delimita como la actuación u omisión que genere o agrave la insolvencia, conducta activa u omisiva que además debe entenderse conforme a la definición dada en el art. 2.3 TRLC, abarcando así situaciones de insolvencia actual o inminente, como una de

lidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y Dir. por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Tirant lo Blanch, ISBN: 978-84-9985-071-9, 2011, pp. 305-365.

54. Por lo que respecta al estudio del objeto de la calificación del concurso se recomienda la lectura de (i) GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), n.º 619/2021, de 22 de septiembre de 2021», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 10, Núm. 1, 2022, pp. 410-415, p. 411, donde afirma el autor con meridiana claridad que «*La calificación es una sección del procedimiento concursal destinada al análisis de las conductas realizadas por el deudor o por sus representantes durante la gestión de su insolvencia; si el concursado es una persona jurídica, se examinarán las actuaciones de sus administradores, directores generales y apoderados de la entidad*», y (ii) MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores, una institución necesaria*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 978-84-1309-597-4, 2019, donde el autor explica con acierto que éste pasa por valorar tanto la conducta del deudor, como la de otras personas con él relacionadas, a fin de esclarecer si ha mediado dolo o culpa grave —o no— por parte de alguna de estas personas en la causación o agravación del estado de insolvencia.

55. Respecto de su ámbito subjetivo conviene indicar que éste, además de haber sido anticipado *ut supra* con motivo del análisis realizado de las principales reformas que han afectado a la sección de calificación, se advierte al lector que adicionalmente se realizan *ut infra* en el presente Capítulo nuevas reflexiones en torno a él.

las causantes —pudiendo no ser la única causa— de la mala situación de la compañía y (ii) el quizás más controvertido relativo a su vertiente «interna», circunscrito a la necesidad de que en esta conducta que ha generado o agravado la insolvencia de la compañía haya mediado dolo o culpa grave.

El modo por tanto en que nuestro legislador ha configurado esta cláusula general hace que ésta sea susceptible de englobar ilimitados supuestos de hecho —no nos encontramos ante un listado *numerus clausus*⁵⁶—, exigiéndose no obstante en todo caso que la concreta actuación u omisión dolosa o gravemente culposa respecto de la que se pretenda derivar la responsabilidad concursal cuente con el debido nexo de causalidad con el mal devenir de la sociedad, esto es, que cuente con un claro nexo de causalidad suficiente como para predicar que ésta ha generado o agravado la insolvencia, ya sea por sí misma, ya sea en conjunción con otras concausas —ello, insistimos, mediando dolo o, al menos, culpa grave—.

No obstante, debemos tener presente que, si bien en el ámbito subjetivo sí se delimita a aquellos sujetos identificados en el art. 442 TRLC tanto al momento de declararse el concurso, como respecto de quienes hubiesen tenido su condición «*de representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales*» en un concreto periodo temporal, el de «*dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso*», este periodo no se replica a la hora de delimitar las conductas que pueden ser objeto de enjuiciamiento en la sección de calificación.

Así pues, esta delimitación temporal subjetiva sólo incorporada para la identificación de los sujetos afectados, no extiende su horquilla temporal a las conductas —activas u omisivas y dolosas o gravemente culposas— a enjuiciar en la sección sexta, siendo así perfectamente factible que las conductas que puedan ser objeto de reproche en la calificación concursal hayan tenido lugar en un periodo temporal anterior al de dos años atrás a computar desde la declaración de concurso y, de hecho, en atención a la literalidad de la norma, estas conductas tem-

56. Se destaca a tal efecto en la Sentencia núm. 185/2015, de 10 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ\2015\1517) (ECLI: ES:TS:2015:1409), que: «1. El art. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia. No es que los hechos base que contemplan los arts. 164.2 y 165 LC constituyan un «numerus clausus» de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC, como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.»

poralmente incluso podrían haberse protagonizado con posterioridad a esta declaración, ello quizás no respecto a la generación de la insolvencia pero sí respecto de su eventual agravación.

Y es que la amplitud de supuestos susceptibles de ser enjuiciados bajo el prisma de esta cláusula general es infinita y, de hecho, como ha sido ya advertido, es precisamente ésta la que está sirviendo de paraguas para enjuiciar las actuaciones u omisiones protagonizadas por aquellos administradores societarios que, durante la horquilla temporal de vigencia de la moratoria concursal, decidieron acogerse a la suspensión de su obligación de presentar la solicitud de concurso voluntario de la sociedad administrada pese a que ésta se encontrase en los supuestos de insolvencia del art. 2.3 TRLC; siendo así esta cláusula general la vía que permite el reproche en la sección de sexta de aquellas conductas que, dolosas o gravemente culposas —por quebrantar manifiestamente el incólume deber de diligencia que debe guiar al administrador en sus decisiones—, generaron o agravaron la situación de insolvencia de la compañía durante la vigencia de la moratoria⁵⁷.

Ahora bien, ello tiene un importante efecto en lo que a las necesidades probatorias se refiere por cuanto, al recaer la carga de la prueba sobre quien promueve la calificación de culpabilidad, la tarea probatoria que deben llevar a cabo los instantes de la misma lógicamente se muestra distinta si ésta se basa en la cláusula general del citado artículo 442 TRLC en lugar de en algunos de los supuestos de los arts. 443 y 445 TRLC, cuyo contenido *ut infra* analizaremos con el debido detalle.

Por tanto, tal y como así ha sido además especialmente destacado por nuestros juzgados y tribunales, en caso de que el instante de calificación de culpabilidad⁵⁸ pretenda fundar ésta en la cláusula general del art. 442 TRLC, son diversos los extremos que cumulativamente deberá acreditar; extremos estos que, tal y como se destaca en la Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca⁵⁹, pueden ser resumidos en los siguientes: (i) un comportamiento —ya sea activo, ya sea meramente omisivo— del deudor o de las personas identificadas en el art. 164.1 LC (actual 442 TRLC), (ii) la generación o agravación del estado de insolvencia, (iii) la imputabilidad de la conducta a título de dolo o culpa grave, quedando excluida la culpa leve y (iv) el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación de la insolvencia.

Como reconoce esta Sentencia en línea con la consolidada doctrina jurisprudencial que existe al respecto, este precepto general —que ahora aparece recogido en el art. 442 TRLC— requiere que se lleve a cabo por el instante de la

57. *Vid.* la ya citada Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).

58. Con la actual regulación de la sección de la calificación, la administración concursal, los acreedores cualificados o, en el caso del procedimiento de calificación abreviada, también los acreedores de derecho público.

59. Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez) (JUR\2013\206297) (ECLI: ES:APCU:2013:250).

culpabilidad la prueba cumplida y cumulativa de todos estos puntos, lo que en la práctica forense en muchas ocasiones se ha mostrado ciertamente complejo y, por ello, los artículos 443 y 444 TRLC (antiguos 164.2 y 165 LC) ofrecen un elenco de actuaciones concretas de cuya existencia, en caso de ser probada, hacen presumir —en unos casos admitiéndose prueba en contrario y en otros ni tan siquiera ello es posible—, la culpabilidad⁶⁰.

60. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 76/2024, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosario Rodríguez López) (JUR\2024\536732) (ECLI:ES:JMPO:2024:302): «La Ley Concursal configura la sección de calificación del concurso como mecanismo para depurar responsabilidades a quienes bayan incurrido en dolo o culpa en la generación o agravación de la insolvencia. La Ley configura un régimen de culpabilidad del concurso de acreedores, tipificando las causas y contemplando una serie de presunciones de culpabilidad. En ese escenario, la Ley regula sanciones contra quienes con su comportamiento bayan podido causar o agravar la insolvencia, e incluso previendo la posibilidad de que se derive la responsabilidad a esas personas en proporción a su intervención dolosa o culposa. Fuera de los supuestos de culpabilidad descritos en la Ley, el concurso debe calificarse como fortuito, en cuyo caso no se generaría responsabilidad para nadie. En cuanto a las causas especialmente tipificadas de culpabilidad, nos encontramos en primer término la genérica, recogida en el artículo 442 del TRLC (anterior 164.1 de la LC), cuando el deudor persona física o jurídica haya generado o agravado el estado de insolvencia con dolo o culpa grave. Se trata de valorar si la conducta del deudor implica un acto de imputación subjetiva, por incumplimiento de específicos deberes, como causa de la insolvencia o como determinante de su agravación. Por su parte, junto a esa cláusula general, la ley establece presunciones, iuris et de iure y iuris tantum, que facilitan la obtención de la consecuencia jurídica partiendo de un hecho base que debe resultar cumplidamente acreditado. Esta serie de supuestos legales que aparecen en el artículo 443 (antiguo art. 164.2 de la LC) y en el artículo 444 (anterior art. 165) que tienen distinta naturaleza y alcance. No obstante, lo expuesto no nos puede llevar a dejar de lado que la prueba de la comisión de la conducta corresponde en exclusiva a la parte que sustenta la calificación culpable», destacándose asimismo que «tampoco cabe olvidar que, en ocasiones, el elemento típico sobre el que pretende sustentarse la calificación no está basado únicamente en datos de hecho, sino en datos de hecho con un determinado «adjetivo» que lo hace merecedor del correspondiente reproche, de tal manera que la prueba de la calificación ha de abordar tanto los datos de hecho, como el juicio correspondiente de sustancialidad, relevancia o gravedad».

Análogos pronunciamientos podrá encontrar el lector en: (i) la Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838), (ii) la Sentencia núm. 166/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Covadonga Sola Ruiz) (JUR\2013\201927) (ECLI: ES:APIB:2013:1071), confirmada por la Sentencia núm. 343/2015, de 5 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ\2015\2508) (ECLI: ES:TS:2015:2970), (iii) la Sentencia núm. 175/2007, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2008\95242), confirmada por el Auto de 6 de abril de 2010 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (JUR\2010\131488) (ECLI: ES:TS:2010:4055A), (iv) la Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (AC\2008\834), (v) la Sentencia núm. 194/2008, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2008\290874), confirmada por el Auto de 10 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) (JUR\2009\482226) (ECLI: ES:TS:2009:15365A), (vi) la Sentencia núm. 17/2009, de 30 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (AC\2009\294), (vii) en la Sentencia núm. 319/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado

Son así no solo numerosos sino también pacíficos los precedentes jurisprudenciales que vienen a determinar sin ningún género de duda que en la pretendida calificación de culpabilidad concursal *ex art. 442 TRLC* (antiguo art. 164.1 LC), recae inexorablemente la carga de la prueba sobre el instante de esta calificación culposa de la totalidad de estos extremos, sin que baste la mera alegación del artículo, no siendo por tanto aceptable que tal supuesta justificación se circunscriba a una mera alegación huérfana de sustento probatorio alguno.

Tratar de fundar por tanto la culpabilidad en la cláusula general del art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC), esto es, sin acudir a de las concretas conductas tipificadas en los artículos 443 y 444 TRLC (antiguos 164.2 y 165 LC), es por ello sin duda alguna la vía más complicada por cuanto resulta imprescindible la prueba cumplida y cumulativa de los cuatro elementos anteriormente citados, máxime cuando el eventual enjuiciamiento en la sección sexta debe rechazar cualquier sesgo retrospectivo.

Asimismo, en este enjuiciamiento de posibles conductas «concursoalmente culposas», de la práctica forense se desprenden otros dos aspectos fundamentales:

- El primero de ellos, el hecho de que, aun cuando el administrador societario hubiese llevado a cabo alguna actuación proscrita —*v.gr.*, una asistencia financiera prohibida por el TRLS— ello no tendría trascendencia en la sección sexta en aquellos supuestos en los que ésta se hubiese llevado a cabo cuando la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia a efectos concursales ni tampoco fue la causante de ella⁶¹.
- Y, el segundo, el hecho de que no debe confundirse en la sección de calificación la situación de insolvencia a efectos concursales con otras tales como la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que hayan dejado reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social⁶².

de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR\2016\37598) (ECLI: ES:JMMU:2015:3967), (*viii*) así como en la Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2011\186143) (ECLI: ES:APM:2011:3840), entre otras.

61. *Vid.* la Sentencia núm. 103/2015, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Juan Francisco Garnica Martín) (ECLI: ES:APB:2015:2957): «*lo determinante no es si hubo asistencia financiera sino si en el momento en el que la misma se produjo la sociedad que la prestó se encontraba ya en situación de insolvencia, supuesto en el que sin duda estaríamos ante esta causa de culpabilidad, o bien si no se encontraba en la misma, supuesto en el que no podemos apreciar que concorra el requisito del consilium fraudis*». Análogos pronunciamientos se contienen en la Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo González-Carrero) (AC\2015\898) (ECLI: ES:APC:2015:1479).

62. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2014\2159) (ECLI: ES:TS:2014:1368): «*No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas,*

En todo caso, como apuntábamos *ut supra*, para solventar estas dificultades probatorias tradicionalmente nuestro Derecho de insolvencias viene estableciendo diversas presunciones —de distinta intensidad—, cuyo estudio abordaremos a continuación.

1.2. Los «supuestos especiales» del art. 443 TRLC: las tradicionales presunciones *iuris et de iure*

En este contexto de dificultad probatoria de los referidos *ut supra* cuatro requisitos que, cumulativamente, se exigen para la consideración de culpabilidad por la vía de la cláusula general⁶³, el legislador español, siendo consciente de la importancia de garantizar la correcta aplicación de la responsabilidad concursal por cuanto ésta, además de contar con el efecto disuasorio inherente a ella, se configura como una vital herramienta de protección para el acreedor social, ha establecido al efecto un elenco de diferenciadas presunciones tanto del tipo *iuris et de iure* como *iuris tantum*.

Estas presunciones, actualmente reguladas en los arts. 443 y 444 TRLC, han demostrado en la práctica judicial resultar vitales para poder sancionar aquellas actuaciones que el legislador ha considerado merecedoras de ser sancionadas en la sección sexta.

En particular, por lo que respecta a las tradicionales seis presunciones *iuris et de iure* que se recogen en el vigente art. 443 TRLC bajo la rúbrica de «Supuestos especiales»⁶⁴, a cuyo estudio dedicaremos el presente subapartado, lo primero que debe advertirse es que en el actual texto refundido todas ellas se mantienen, si bien reordenadas respecto de la enumeración que con carácter previo se regulaban en el antiguo art. 164.2 LC.

incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual».

63. Requisitos que, recordemos, se corresponden con la acreditación de (i) un comportamiento activo u omisivo, (ii) la generación o agravación del estado de insolvencia, (iii) la imputabilidad de la conducta a título de dolo o culpa grave, quedando excluida la culpa leve y (iv) el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación de la insolvencia.

64. El lector puede encontrar un riguroso análisis de estas presunciones en SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral* (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 424-444.

Estas presunciones continúan así mostrándose como un heterogéneo elenco de incumplimientos normativos que no necesaria e inexorablemente provocan de manera directa la generación o agravación de la insolvencia pero que, en todo caso, nuestro legislador sí ha considerado que resultan merecedoras *per se* de la sanción de la culpabilidad concursal con las gravosas consecuencias que ello conlleva para los afectados⁶⁵, lo que en última instancia supone un ecosistema normativo *ad extra* de imputación objetiva basado en seis conductas expresamente tipificadas que pueden ser resumidas como sigue:

1. Alzamiento de bienes y otras actuaciones tendentes a evitar el buen fin de embargos y ejecuciones *ex art.* 443.1 TRLC

Tras su «reorganización», la primera de estas presunciones se establece para aquellos supuestos en los que el deudor se hubiese *«alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación»*.

Nótese a este respecto que, si bien esta presunción nos recuerda al alzamiento de bienes tipificado en los arts. 257 y 258 del Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ésta no debe en modo alguno confundirse con él pues este supuesto ha sido configurado en nuestro Derecho de insolvencias con una entidad propia susceptible de aplicación aun cuando la conducta no tenga encaje en el ámbito penal, y ello además sin olvidar que en este caso no existe un límite temporal a tener en cuenta en cuanto al hecho en sí en lo que a su posible enjuiciamiento en la sección sexta se refiere.

Ahora bien, para que una actuación pueda quedar encuadrada en la presunción establecida en este art. 443.1 TRLC, continúa recayendo la carga de la prueba en los instantes de la calificación de culpabilidad⁶⁶, si bien, como no podría ser de otra forma, en este caso esta carga de la prueba se circunscribe a la mera existencia de los hechos que configuran esta presunción, esto es, en el caso que nos ocupa limitada a la prueba real y efectiva de la existencia de estos actos de despatrimonialización o de obstaculización a las ejecuciones ya que, en atención a lo dispuesto en la

65. *Vid.*, la ya citada Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838), así como la Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vera Torres) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781), destacándose en el Fundamento de Derecho Tercero de esta última respecto del antiguo art. 164.2 LC —hoy replicado aun cuando reordenado— que *«tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave»*.

66. Antes los posibles instantes de ella, recordemos, eran la administración concursal y el Ministerio Fiscal, ahora, la administración concursal, los acreedores cualificados y, en su caso, los acreedores de derecho público en los en procedimiento de calificación abreviado para microempresas.

normativa general sobre la carga de la prueba contemplada en el art. 217 de la LEC, su existencia no se presume, sino que incumbe probarlos a quienes los alegan como base de la declaración de culpabilidad⁶⁷.

Por tanto, siendo una presunción del tipo *iuris et de iure* —no admiten prueba en contrario—, una vez acreditada la existencia del hecho que en ella se configura, *ex lege* la sección de calificación deberá ser calificada como culpable; presunción cuya aplicación, recordemos, no obsta a que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE en la medida en que éstas exigen para su apreciación el fiel cumplimiento de las reglas de la carga de la prueba en lo que al hecho desencadenante de la presunción se refiere⁶⁸.

El juzgador, en sede de calificación concursal, lo que deberá enjuiciar es si el hecho que da lugar a la apreciación de esta causa de culpabilidad ha sido o no debidamente probado por el instante de la calificación debiendo tenerse presente, en todo caso, como han venido determinando nuestros juzgados y tribunales, que en el caso del supuesto del referido art. 443.1 TRLC (antiguo art. 164.2.4º LC) no podrá limitarse a justificar su estimación sobre la mera base de un eventual éxito de incidentes concursales previos de reintegración, ya que no debe olvidarse que los presupuestos fácticos de las acciones de reintegración⁶⁹ y el alzamiento de bienes a tener en cuenta en la sección sexta no necesariamente coinciden. Ello es así por cuanto el alzamiento de bienes requiere que el desplazamiento dinerario no tenga una causa económico jurídica existente, legítima y debidamente justificada, lo que produce una disminución patrimonial en la medida en que cuando salen del activo los bienes no se produce una simultánea reducción del pasivo en igual medida, con lo que el patrimonio neto social no permanece invariable lo que, para algunos de nuestros juzgados y tribunales, ello exige una suerte de ánimo de defraudar a los acreedores y no exclusivamente una merma al patrimonio de la sociedad, siendo ésta la diferencia que impide equiparar en la sección de calificación *ex art. 443.1 TRLC* lo enjuiciado en un previo incidente de reintegración⁷⁰ —extremo éste que, en todo caso, la jurisprudencia

67. Sentencia núm. 45/2013, de 18 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Muñiz Delgado) (ECLI: ES:APVA:2013:272).

68. *Vid.*, la Sentencia núm. 719/2016, de 1 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ/2016/5969) (ECLI: ES:TS:2016:5289); Sentencia cuyo análisis se realiza en MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Supremo 719/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 1 de diciembre [ROJ STS 5289/2016]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 5, Nº. 1, 2017, pp. 361-367.

69. Puede encontrarse un riguroso de las acciones de reintegración en HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en *AA.VV. La reintegración en el concurso de acreedores (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.)*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9014-736-8, 2014, pp. 175-209.

70. *Vid.*, la Sentencia núm. 125/2013, de 26 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. María Arantzazu Ortiz González)

ha tenido ocasión de desarrollar prolijamente con motivo del enjuiciamiento de conductas *ex art. 443.2 TRLC* dado que este *animus* defraudatorio no suele ser objeto de prueba en la previa acción de reintegración, sin que sea posible deducirlo sin más—.

Es sin embargo el supuesto de la salida fraudulenta de bienes del deudor el que debe presidir este tipo de sanciones, en el que sí se exige un verdadero ánimo defraudador, tal y como analizaremos *ut infra*, siendo éste precisamente el elemento diferenciador de este supuesto.

Y es que, como ya ha tenido ocasión de señalar con total rotundidad SANCHE GARGALLO, I. (2021)⁷¹, dado que deben quedar excluidos del art. 443.1 TRLC los actos de disposición fraudulentos al tener éstos específica acogida en el segundo de estos supuestos especiales regulados en el art. 443.2 TRLC, en esta primera presunción del tipo *iuris et de iure* tendrán encaje las enajenaciones huérfanas de justificación y los negocios simulados y, respecto de los actos que retrasan, dificultan o impiden la eficacia de un embargo, cabe destacar que en ellos podrían quedar englobados actuaciones tales como la ocultación de bienes o ausencia de colaboración (art. 590 LEC), las simulaciones contractuales para la interposición de tercerías de dominio con la finalidad de suspender una ejecución (arts. 595 y ss. LEC) y la simulación de negocios con el fin de reconocer derechos a ocupantes de bienes inmuebles embargados (art. 675 LEC).

2. Salidas fraudulentas de bienes y derechos del deudor *ex art. 443.2 TRLC*
Este segundo «supuesto especial» actualmente regulado en el art. 443.2 TRLC (antiguo art. 164.1.4º LC), supone la inexorable calificación de culpabilidad «*cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*».

Este segundo supuesto presenta dos extremos claramente diferenciadores de relativo al alzamiento de bienes y otras actuaciones tendentes a evitar el buen fin de embargos y ejecuciones que acaba de ser analizado, ya que: (i) en este caso sí existe una delimitación temporal en la conducta —desde la declaración de concurso hasta dos años atrás— y (ii), aquí sí que se exige explícitamente el ánimo fraudulento, entendido éste como el ánimo o la conciencia de dejar a los acreedores sin bienes para cobrar sus créditos, sin que sea preciso que exista clandestinidad⁷².

Este carácter fraudulento que exige la segunda de las presunciones de culpabilidad *iuris et de iure* actualmente contemplada en el art. 443.2 TRLC (antiguo 164.1.4º LC) debe ponerse en relación con el exigido en el

(JUR\2013\174231) (ECLI: ES:APIB:2013:701).

71. SANCHE GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», *cit.*, p. 428.

72. *Vid.*, en tal sentido, la ya referida Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781).

art. 1.291.3 CC para la acción rescisoria por fraude, no resultando necesario para su concurrencia un expreso ánimo de dañar (*animus nocendi*), siendo suficiente el conocimiento del perjuicio (*scientia fraudis*), por lo que en estas «salidas fraudulentas» se reputan como suficientes a efectos de culpabilidad concursal cuando el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o, al menos, éste hubiera debido conocerlo⁷³.

A este respecto conviene significar la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial que, en línea con la *ut supra* referida, rechaza aquellas peticiones de culpabilidad formuladas bajo la presunción del antiguo art. 164.1.4º LC (actual art. 443.2 TRLC) sobre la mera alegación de que previamente ha sido estimada una acción de reintegración y es que, no olvidemos, a efectos de culpabilidad concursal no es suficiente que se haya producido dentro de la referida horquilla temporal de los dos años una salida del patrimonio del deudor de bienes o derechos pues, tal y como se desprende de la propia literalidad de la norma, en la sección sexta se exige que el instante de la culpabilidad acredite que la actuación que debe ser objeto de escrutinio judicial pueda ser calificada como fraudulenta, esto es, que cuente con este plus de reprobabilidad *ad extra* al del mero perjuicio que, por el contrario, sí se reputa suficiente en la acción de reintegración⁷⁴.

Y, en lógica coherencia con ello, no se reputa necesario que con carácter previo a la eventual apreciación de esta presunción en la sección sexta se hubiese llevado a cabo un ejercicio exitoso de una acción de reintegración, resultando suficiente con la acreditada prueba en la sección de calificación de los hechos configuradores contenidos en el art. 443.2 TRLC. Resultan claras y, además, unánimes, las reiteradas resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales que exigen para que pueda resultar de aplicación el supuesto especial del art. 443.2 TRLC que se acredite la existencia de un alzamiento de bienes con intención (*animus nocendi*) o conciencia fraudulenta (*scientia fraudis*) al momento de su realización —realización que, además, debe enmarcarse dentro del periodo temporal de dos años atrás de la declaración de concurso—.

Ahora bien, este elemento subjetivo del *animus nocendi* o, en su defecto, de la *scientia fraudis*, dado que como ya habrá advertido el lector se refieren al propio fuero interno del deudor, para su cumplida acreditación cabe acudir a la teoría general y, por ende, su prueba puede llevarse cabo

73. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 204/2024, de 22 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Navarro Robles) (JUR\2024\147708) (ECLI: ES:APCA:2024:378).

74. *Vid.* en tal sentido, entre otras, la Sentencia núm. 37/2019, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Quintana Aranda) (AC\2020\114) (ECLI: ES:JMMU:2019:2517) y la Sentencia núm. 87/2009, de 13 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR\2009\411481) (ECLI: ES:APB:2009:6178).

a través de la acreditación de hechos concluyentes que determinen inexorablemente este elemento subjetivo salvo que, de adverso, se acrediten excepcionales circunstancias que lo rechacen.

Adviértase asimismo que, tal y como han determinado nuestros juzgados y tribunales, quedan fuera del paraguas de esta presunción aquellos supuestos en los que no se dé cumplida acreditación de estos dos extremos por el instante de la calificación de culpabilidad aun cuando nos enfrentemos a posibles conductas que puedan considerarse reprobables como, *v.gr.*, realizar un pago a un acreedor vinculado con preferencia al resto —cuya sanción no podría venir por la vía de la culpabilidad concursal *ex art.* 443.2 TRLC sino a través del ejercicio, en su caso, de la correspondiente acción rescisoria⁷⁵—.

3. Actos de simulación de situación patrimonial ficticia *ex art.* 443.3 TRLC
La tercera de las presunciones de culpabilidad *iuris et de iure* engloba aquellos supuestos en los que «antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia».

Esta presunción, al igual que la anterior, se circunscribe temporalmente a la horquilla de los dos años previos a la declaración de concurso, exigiéndose además que la simulación —sea cual fuese la concreta actuación simulatoria llevada a cabo— estuviese dirigida a simular una situación patrimonial ficticia.

Pues bien, ante la simplicidad de la definición legal de esta tercera presunción, conviene traer aquí a colación los seis requisitos que han sido identificados como necesarios para su concurrencia por nuestro más Alto Tribunal en su Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre⁷⁶, por cuando debemos tener presente que los actos susceptibles de enmarcarse en este «supuesto especial», deben: *(i)* estar específicamente dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial irreal o ficticia, *(ii)* tener un carácter jurídico —no caben aquí por tanto meras situaciones o actuaciones de hecho, si bien ello es objeto de controversia—, *(iii)* haberse llevado a cabo antes de declaración de concurso⁷⁷, *(iv)* ser idóneos para que la situación ficticia que se pretende simular sea *[mal]* tenida como verdadera por los acreedores, *(v)* aparentar una simulada situación que tenga

75. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 172/2012, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez) (JUR\2012\166365) (ECLI: ES:APPO:2012:1052).

76. Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2013\1614) (ECLI: ES:TS:2012:9182).

77. Estos tres primeros se evidencian de la mera lectura de la norma, si bien deben también cumplirse los otros requisitos que, *ad extra*, exigen nuestros juzgados y tribunales para que esta presunción pueda dar lugar a la culpabilidad concursal, siendo necesario por tanto que concurren estos seis extremos que se recogen en la citada Sentencia.

cierta relevancia, esto es, que sea apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores y (vi) ser actuaciones que no estén específicamente previstas en el resto de las presunciones pues, por el principio de especialidad, en ellas sería en las que deberían quedar encuadradas⁷⁸.

Y precisamente es este principio de especialidad que prima en estos supuestos especiales el que, unido al hecho de que la llevanza de una contabilidad irregular no se considera un acto jurídico en sentido estricto a los efectos que nos ocupan, el que sirve de justificación para que sean rechazadas las peticiones de culpabilidad *ex art. 443.3 TRLC* (antiguo art. 164.2.6º LC) que se basan en supuestas simulaciones de apariencias patrimonial que traen causa de una llevanza irregular de la contabilidad ya que, este tipo de comportamientos, en su caso, deberían ser enjuiciados *ex art. 443.5 TRLC*⁷⁹.

4. Inexactitudes graves o falsedades en cualquiera de los documentos aportados al procedimiento concursal *ex art. 443.4 TRLC*

Sanciona el art. 443.4 TRLC con la culpabilidad concursal aquellos supuestos en los que *«el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos»*.

Enfrentándonos nuevamente a una presunción *iuris et de iure* con graves consecuencias aparejadas, la jurisprudencia ha modulado o, si se quiere, suavizado, la contundencia de este artículo exigiendo que tanto la inexactitud como la falsedad⁸⁰ deban ser calificadas como graves y relevantes en el seno del procedimiento concursal⁸¹, debiendo por tanto tener éstas una transcendencia informativa relevante en el concurso.

78. Nótese que la llevanza de una contabilidad irregular no es un acto jurídico a estos efectos sin que, por tanto, sobre ella pueda pretenderse con éxito la culpabilidad concursal *ex art. 443.3 TRLC* (antiguo art. 164.2.6º LC). En su caso, como veremos *ut infra*, tales conductas podrían tener encaje en la sección sexta, de cumplirse con el resto de requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, para el paraguas del art. 443.5 TRLC.

79. *Vid.* la Sentencia núm. *[sic]*/2008, de 18 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2008\398669); criterio que, asimismo, se recoge en análogos términos en la Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (AC\2007\739).

80. Conviene advertir que no se reputa necesaria la previa condena penal para la apreciación de la existencia de este supuesto especial *ex art. 444.4 TRLC*.

81. *V.gr.*, que se refieran a información clave para la determinación de la masa activa ofreciendo una valoración artificial que no se corresponda con la realidad —*vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178)—. En particular, si atendemos a la doctrina que ha sido fijada al efecto por nuestro más Alto Tribunal, cabe concluir que la valoración de los activos constituye, *per se*, una información relevante para el concurso, por lo que las inexactitudes respecto de esta información, si son graves, permiten calificar el concurso culpable al amparo del actual art. 443.4 TRLC (antiguo art. 164.2.2º LC), debiendo tenerse presente que, si bien la

5. Incumplimientos —sustanciales/relevantes— de los deberes legales relacionados con la llevanza de la contabilidad *ex art. 443.5 TRLC*

En quinto lugar, en el vigente art. 443.5 TRLC (antiguo art. 164.2.1º LC) se impone la culpabilidad concursal en aquellos supuestos en los «*el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*».

Como hemos tenido ocasión de anticipar *ut supra*, es en este específico supuesto en el que, en su caso, atendiendo al principio de especialidad, tal y como ya han tenido ocasión de pronunciarse nuestros juzgados y tribunales, los instantes de la culpabilidad concursal tendrían que sustentar una pretendida calificación de concurso culpable sobre la base de graves inexactitudes en la contabilidad del deudor aun cuando éstos, en última instancia, derivasen en una generación de una ficticia situación de solvencia del deudor⁸².

Nótese que, para el correcto enjuiciamiento de esta presunción *iuris et de iure*, resulta necesario acudir a lo preceptuado respecto de las obligaciones de la llevanza de la contabilidad en los arts. 25 y ss. del C. de Com., resultando en todo caso necesario para que la conducta quede englobada en este supuesto especial que el incumplimiento se reputa grave, pudiendo ser calificado como sustancial y relevante en sede concursal, tal y como —en este caso sí— se infiere de la propia literalidad de la norma y así ha sido en todo caso tradicionalmente exigido en la práctica forense.

En este sentido, de la mera lectura de las resoluciones judiciales que han tenido ocasión de enjuiciar este tipo de conductas se desprende con meridiana claridad que este incumplimiento de los deberes legales relacionados con la llevanza de la contabilidad, para que pueda ser tenido en cuenta a los efectos de lo dispuesto en el art. 443.5 TRLC (antiguo art. 164.2.1º LC), debe tener una entidad suficiente como para poder afectar a la comprensión de la situación financiera y patrimonial del deudor concursado⁸³.

valoración de los activos puede admitir unos márgenes razonables de variación, si ésta excede los márgenes razonables de la misma distorsionando gravemente la percepción del alcance de la insolvencia y las perspectivas de cobro de los acreedores, nos encontraríamos ante este «supuesto especial» que llevaría aparejada la culpabilidad; doctrina jurisprudencial ésta que aparece claramente resumida —y acogida— en la más reciente Sentencia núm. 107/2025, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique San Juan Muñoz) (JUR\2025\78899) (ECLI: ES:APMA:2025:322).

82. Recuérdese, a tal efecto, lo dispuesto en las ya citadas Sentencia núm. [sic]/2008, de 18 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2008\398669) y Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (AC\2007\739).

83. *Vid.*, la *ut supra* citada Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).

Solo quedan así bajo el paraguas de la presunción del art. 443.5 TRLC aquellas conductas que, con mayor gravedad, afectan a las obligaciones contables, pudiendo eventualmente no obstante ser enjuiciadas las de menor gravedad bajo el prisma de la presunción *iuris tantum* contenida en el art. 444.3 TRLC, de la que *ut infra* nos ocuparemos —circumsrita ésta en todo caso a los supuestos de no formulación de las cuentas anuales, de no sometimiento a la auditoría estando obligado a hacerlo así como de no depósito registral de las cuentas, todo ello además solo respecto de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso—, evidenciándose de las resoluciones judiciales que en este más gravoso «*supuesto especial*» debe ser entendido el concepto de contabilidad en lo que a su propia llevanza se refiere.

6. Apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio imputable al concursado *ex art. 443.6 TRLC*

La sexta y última de las presunciones *iuris et de iure* reguladas en el art. 443.6 TRLC (antiguo art. 164.2.3º LC) aboca a la culpabilidad a aquellos supuestos en los que «*la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado*», lo que presupone que solo podría darse en aquellos supuestos en los que existiese un convenio aprobado pendiente de cumplimiento.

Esta presunción, a diferencia de las anteriores, solo puede entrar en juego cuando previamente se ha aprobado un convenio y éste todavía está en periodo de cumplimiento, existiendo no obstante cierta controversia respecto de si el supuesto regulado debe ser puesto en relación única y exclusivamente con lo dispuesto en el art. 409.1.5º TRLC exigiéndose para su aplicación la existencia de una previa resolución firme de incumplimiento del convenio⁸⁴ —tesis restrictiva— o si, por el contrario, ésta resultaría de aplicación en todos aquellos casos en los que se haya frustrado, por causas imputables al concursado, con independencia de si la apertura de la fase de liquidación ha sido acordada o a instancias bien del propio deudor o de sus acreedores por la vía de lo preceptuado en el art. 407 TRLC —tesis extensiva—.

Pues bien, pese a la literalidad del precepto en la que, como hemos visto, se indica expresamente que «*la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio*», finalmente ha prevalecido en la práctica forense la tesis extensiva, tal y como así se desprende de la Sentencia núm. 246/2016, de 12 de abril, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo⁸⁵.

84. Lo que, a su vez, conllevaría la completa tramitación exigida en los arts. 402 y ss. TRLC.

85. *Vid.* la Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ\2016\1493) (ECLI: ES:TS:2016:1647); resolución que es objeto de un riguroso estudio en MUÑOZ GARCÍA, A., «Calificación y responsabilidad concursal. Ámbito de las conductas imputables en caso de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (246/2016)», en AA. VV. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.), Dykinson, ISBN 978-84-9148-476-9, Vol. 8, 2016 (2016), pp. 95-114.

Siendo éstos los seis «*presupuestos especiales*» que nuestro legislador ha configurado tradicionalmente como presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad concursal que, con la normativa vigente, se mantienen [*reordenadas*] de manera inalterada, no debemos olvidar que, como ha sido *ut supra* advertido, a ellos se suma en lo que al específico procedimiento de calificación abreviada se refiere, el «séptimo supuesto especial» regulado en el nuevo art. 688.1 TRLC en el que se determina que «*el procedimiento especial se calificará como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos*».

1.3. Las «presunciones de culpabilidad» del art. 444 TRLC: las tradicionales presunciones *iuris tantum*

El nuevo art. 444 TRLC es el encargado de recoger las otras tres presunciones que, con una menor intensidad, marcan la sección de calificación al regular, ahora sí bajo la literal rúbrica de «*Presunciones de culpabilidad*» —recuérdese que las *ut supra* analizadas presunciones *iuris et de iure* se regulan bajo la rúbrica de «*Supuestos especiales*»—, las tradiciones presunciones *iuris tantum* que venía contemplando nuestro Ordenamiento Jurídico si bien, como veremos, su regulación presenta ciertos matices respecto del régimen contemplado en el antiguo art. 165 LEC tras la reformada operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

Recuérdese que el sistema previo a esta reforma del año 2015 ofrecía una regulación en el art. 165 LC en el que se configuraba la presunción de la efectiva concurrencia de dolo o culpa grave mientras que, por el contrario, en citado artículo no se incluía mención expresa a la extensión de la presunción a la relación causal respecto de la generación o agravación de la insolvencia.

Por ello con este régimen pre-reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, el criterio jurisprudencial al que se enfrentaban los distintos operadores jurídicos, al menos en una primera etapa, acogía una interpretación literal de estas presunciones exigiendo que fuese objeto de cumplida prueba el elemento de la generación o agravación de la insolvencia, limitando el efecto a la presunción estrictamente a la existencia del dolo o culpa grave⁸⁶.

Sin embargo, pese a que inicialmente éste fue el criterio interpretativo que comenzaron a seguir nuestros juzgados y tribunales, progresivamente fue mutando hacia una interpretación jurisprudencial que defendía la oportunidad de interpretar este precepto de una manera extensiva al considerar que éste debía integrarse en el tipo general del antiguo art. 164.1 LC —vigente en aquel momento—,

86. *Vid.*, a tal efecto, lo dispuesto en la Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2014\2159) (ECLI: ES:TS:2014:1368).

lo que conllevaba considerar también que ésta presumía que se había llevado a cabo un comportamiento que generaba o agravaba la insolvencia.

Estos vaivenes interpretativos, si se nos permite la expresión, quedaron superados con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en la que nuestro legislador trató de aclarar el alcance de este tipo de presunciones en consonancia con la última doctrina jurisprudencial que acaba de ser expuesta, acogiendo la tesis extensiva, pasando así [*incontrovertidamente*] a considerar que estas presunciones *iuris tantum* estructuralmente se configuran *ex lege* como presunciones relativas de la culpabilidad —susceptibles no obstante en todo caso de admitir prueba en contrario—.

Pues bien, en este contexto normativo, el actual art. 444 TRLC recoge tres presunciones *iuris tantum*⁸⁷ anudadas a tres deberes legalmente exigidos: (1) el deber de solicitar en el tiempo oportuno el concurso, (2) el deber de colaborar con los órganos del concurso (esto es, el deber de colaborar tanto con el juez como con la administración concursal) y (3) el deber de la llevanza de la contabilidad de manera correcta y ordenada; deberes que, como anticipábamos, configuran, en lo que a su incumplimiento se refiere, la base de las espejadas presunciones relativas de culpabilidad que analizaremos a continuación.

Así, se presume —salvo prueba en contrario— la culpabilidad concursal en aquellos casos en los que «*el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores*»:

1. «*Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso*».

La conducta que se sanciona con esta presunción de culpabilidad es del tipo omisivo por cuanto lo que engloba es el incumplimiento de la obligación de presentar, tempestivamente, la declaración de concurso.

No debe olvidarse que el art. 5 TRLC impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses posteriores a la fecha en la que éste hubiera conocido o, al menos, debió conocer, el estado de insolvencia actual; insolvencia actual que aparece definida en el art. 2.3 TRLC como aquella situación en la que el deudor no puede cumplir sus obligaciones exigibles.

Ahora bien, este supuesto regulado en el art. 444.1º TRLC nos lleva a su vez a un segundo juego de presunciones *iuris tantum* en la medida en que, por su parte, el art. 5 del citado texto legal, en su apartado segundo, determina igualmente que se presumirá —salvo prueba en contrario— que el deudor conoce que se encuentra en estado de insolvencia cuando

87. Son solo tres las presunciones relativas reguladas en el actual art. 444 TRLC ya que la presunción que antes se establecía en el antiguo art. 1654º LC relativa a la presunción de culpabilidad introducida por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de aplicación a los deudores que se negasen sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización, pese a que fue trasladado con algún matiz por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, a los arts. 700 a 702 TRLC, incorporándolo a la propia regulación del concurso consecutivo con motivo del texto refundido, finalmente quedó sin efecto ya que, como recordará el lector, desapareció el concurso consecutivo tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

acaecen alguno de los hechos que pueden servir de fundamento legal para que cualquier otro legitimado pueda instar la solicitud de insolvencia, lo que nos lleva a los hechos externos reveladores de insolvencia recogidos en el art. 2.4 TRLC⁸⁸.

2. *«Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio»⁸⁹.* Este tipo de deberes, a diferencia del supuesto anterior, solo nacen con posterioridad a la declaración de concurso y, por la importancia que presentan en el marco del procedimiento concursal, el legislador ha optado por aunar esta presunción *iuris tantum* al incumplimiento de la obligación de colaborar no solo con el juez, sino también con la administración concursal; colaboración que, como han tenido ocasión de destacar nuestros juzgados y tribunales, no se limita a la mera entrega de la documentación requerida sino que se extiende también a otros extremos como el de la debida comparecencia ante ellos cuando sean requeridos al efecto. Debe por tanto ponerse en relación esta segunda presunción relativa con lo preceptuado en el art. 135 TRLC, destinado a regular estos *«Deberes de comparecencia, colaboración e información»*, siendo éste el que positiviza

88. Son seis los «hechos externos reveladores del estado de insolvencia» recogidos en el art. 2.4 TRLC: «1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor».

89. Debe advertirse al lector que, pese a esta dicción literal del art. 444 TRLC, atendiendo al sistema vigente ya no se celebra junta por cuanto la tramitación del convenio es escrita, debiendo enmarcarse esta supresión de la junta de acreedores que llevada a cabo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, dentro de la simplificación de la tramitación del concurso de acreedores, destacándose al efecto en su propio Preámbulo (VI) que «se suprime la junta de acreedores y se establece un régimen de aprobación muy parecido al previsto para los acuerdos de reestructuración» (...) La supresión de la junta de acreedores —a la que el derecho en vigor dedica especial atención— se enmarca dentro de la necesaria simplificación de la tramitación del concurso de acreedores, que también es uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio. La reforma opta por modificar los artículos del texto refundido de la Ley Concursal en la medida en que sean indispensables para esa doble finalidad de supresión del convenio anticipado y de la junta de acreedores».

expresamente los elementos que delinear la configuración de este «triple» deber tanto en su vertiente subjetiva como objetiva.

Así, en lo que al aspecto subjetivo se refiere, hay que tener en cuenta que este deber se extiende (i) a la persona natural y (ii) a los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada —ahora bien, respecto de estos últimos no hay que limitarse a los que ocupasen tal cargo al momento de la declaración del concurso, sino que recae también respecto de quienes hubiesen desempeñado estos cargos dentro de los dos años antes de su declaración—, (iii) extendiendo asimismo *ad extra* el art. 135.2 TRLC su ámbito subjetivo a los directores generales de la persona jurídica concursada —ello con su análoga incorporación de los que lo fueron igualmente durante el referido periodo de los dos años—.

Mientras que, por su parte, la extensión objetiva no puede ser mayor por cuanto abarca el deber —de todos ellos— de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal «*cuantas veces sean requeridos*», debiendo asimismo colaborar e informar «*en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso*».

Adviértase no obstante que aquellos que pretendan la calificación culpable del concurso por la vía de esta presunción *iuris tantum* no podrán fundamentar su petición —al menos no con visos de prosperabilidad— sobre la mera alegación genérica de incumplimiento de estos deberes acogiendo a vagas alegaciones huérfanas de la exigida especificación y acreditación de las concretas conductas que, a su criterio, quedarían amparadas bajo el paraguas de esta presunción.

Correlativamente, tal y como han determinado en reiteradas ocasiones nuestros juzgados y tribunales, tanto el deudor como los otros posibles afectados pueden quebrar esta presunción relativa acreditando debidamente que su eventual incumplimiento no contribuyó —o al menos no contribuyó significativamente— a un eventual agravamiento de la situación de insolvencia⁹⁰ —ello lógicamente *ad extra* a la posibilidad de rechazar en sí mismo la propia existencia del incumplimiento de este triple deber de colaboración—.

3. «*Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente*».

La última de estas tres presunciones viene de la mano de los incumplimientos de los deberes relacionados con las cuentas anuales en su esfera de «contabilidad formal» —quedando excluida de ésta lo que se entiende

90. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 656/2017, de 1 de diciembre de 2017, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2017\5137) (ECLI: ES:TS:2017:4267).

como contabilidad en sentido estricto respecto de la que, como recordará el lector y así ha sido objeto de estudio *ut supra* en el presente Capítulo, quedaría reservado al supuesto especial del art. 443.5º TRLC—, para cuya correcta aplicación debemos acudir a lo dispuesto en la específica normativa que, en cada caso, se encargue de regular estas obligaciones⁹¹.

Nótese que pese a que el incumplimiento de los deberes contables que aquí se recogen son de una intensidad menor al que da lugar a la aplicación de la ya analizada presunción *iuris et de iure* del art. 443.5 TRLC, debe tenerse en cuenta que, por la propia literalidad del precepto, ésta en todo caso entraría en juego en caso de incumplimiento de cualquiera de estos deberes en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso, tal y como se deriva de la inclusión por nuestro legislador de la conjunción disyuntiva «o».

Ahora bien, este precepto no recoge en su literalidad todos los elementos configuradores de la presunción lo que provoca que, por sus silencios, existan controvertidas aristas que aún no han sido pulidas, si se nos permite la expresión; aristas de entre las que aquí consideramos necesario significar especialmente la que provoca controversias a la hora de determinar si esta presunción entraría en juego o no ante el cumplimiento tardío de estos deberes.

Pues bien, ante esta controversia, si nos acercamos a la práctica forense cabe concluir que sí existen precedentes judiciales que nos puedan ofrecer una respuesta, encontrándonos ya a día de hoy con una línea jurisprudencial que sí considera que esta presunción relativa operaría cuando se han cumplido estos deberes tardíamente al considerar que ello no tendría un efecto sanador de este incumplimiento en lo que a la presunción de culpabilidad se refiere⁹².

No obstante lo anterior, a nuestro juicio consideramos que ello cuanto menos se muestra discutible al no ser un supuesto que se pueda entender claramente incluido con la literalidad del precepto. En todo caso, entendemos, aun de acogerse a esta interpretación extensiva de la presunción, consideramos que ésta podría quedar desvirtuada y, por tanto, neutralizada, acreditando que este cumplimiento tardío ni generó ni tampoco agravó la situación de insolvencia.

91. C. de Com., TRLSC, Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas y su Reglamento.

92. *Vid.*, tan sentido, lo dispuesto en la Sentencia de 16 de enero de 2007, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Frigola Rivera) (AC\2007\857).

1.4. El posible impacto en la sección de calificación de los hechos declarados probados como consecuencia del ejercicio extramuros del concurso de la acción individual de responsabilidad del administrador

Una vez ha sido ya expuesta la regulación del ámbito objetivo de la sección de calificación contenida en los arts. 442 a 444 TRLC, incluidas por tanto las dos tipologías de presunciones —*iuris et de iure* e *iuris tantum*— que ha establecido el legislador español en nuestro Derecho de insolvencias para facilitar la compleja tarea de acreditación de los requisitos legalmente exigidos para la calificación de culpabilidad a la que, inexorablemente, se enfrentan los instantes de la misma por la aplicación de reglas de la carga de la prueba reguladas en el art. 217 LEC, consideramos oportuno incluir aquí al menos una sucinta reflexión respecto del impacto que pueden tener los hechos declarados probados relativos a la conducta del administrador en otros procedimientos que se sustancian extramuros del concurso.

En particular, dado que es la acción individual de responsabilidad de administradores *ex art.* 241 TRLSC la única que se muestra compatible tanto en su ejercicio como en la continuación de su tramitación con la situación concursal de la sociedad administrada⁹³, tal y como ha sido ya advertido *ut supra*, centraremos aquí nuestras reflexiones en el posible impacto que pueden tener a efectos de calificación concursal los hechos declarados probados como consecuencia del ejercicio extramuros del concurso de esta acción individual de responsabilidad del administrador.

A este respecto, lo primero que debe advertirse es que existe una corriente jurisprudencial que considera que sí que existe un cierto «trasvase probatorio», si se nos permite la expresión, entre los hechos declarados probados en la sección de calificación concursal y las acciones societarias de responsabilidad de administradores, tal y como determina la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) en su Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo⁹⁴, en la que se acepta este trasvase desde la sección sexta, en la que se calificó el concurso como fortuito, hacia el ámbito de la responsabilidad societaria del administrador como argumento para rechazar su existencia; criterio éste que, en todo caso, en nuestra opinión,

93. Un completo análisis de esta cuestión puede encontrarse en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal*, cit., pp. 395-413.

94. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) (JUR 2017\104801) (ECLI:ES:APBA:2017:238): en la que se afirma, respecto de la responsabilidad societaria, que «*debe tenerse en cuenta lo sucedido en la previa sección de calificación, por cuanto de determinase que éste fue fortuito, se desplegarían «los efectos positivos de la institución de la cosa juzgada para procedimientos ulteriores», y y ello por cuanto, «dicha declaración, firme en Derecho, excluye cualquier clase de dolo o culpa del administrador en la generación o agravación del estado de insolvencia, origen o causa, en definitiva, de las acciones que aquí se ejercitan».*

solo debería resultar aplicable de manera limitada y excepcional a la vista del diferente objeto de enjuiciamiento de cada uno de estos procedimientos⁹⁵.

En todo caso, ello no obsta a que debamos también plantearnos si resultaría procedente —o no— que se llevase a cabo este eventual trasvase de los efectos positivos de la cosa juzgada material *ex art. 222 LEC* no de la sección de calificación al procedimiento societario sino al contrario, esto es, de la previa tramitación de un procedimiento en el que se haya ejercitado la acción individual de responsabilidad del administrador *ex art. 241 TRLSC* hacia una ulterior tramitación de la sección de sexta.

Para ello esta reflexión debe partir de la regulación de la cosa juzgada material y, en particular, de lo dispuesto en el art. 222.4 LEC; artículo que, recordemos, determina que lo que es resuelto con fuerza de cosa juzgada en una sentencia firme que ponga fin a un proceso vincula, *ex lege*, al tribunal de un procedimiento ulterior «*cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*».

La función positiva inherente a la cosa juzgada conlleva que el tribunal que posteriormente debe pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra que ya ha sido previamente resuelta en sentencia firme no puede desatender lo ya dispuesto en la previa sentencia, quedando así vinculado por aquel juicio anterior sin que pueda ulteriormente contradecir lo ya decidido —insistimos, en firme— por otro tribunal⁹⁶.

Nótese que los efectos que se derivan *ex art. 222.4 LEC* se producen sin que deban cumplirse las tres identidades que, por el contrario, sí integran necesariamente el listado de requisitos que cumulativamente se exigen para que se despliegue el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada. Resulta así suficiente, en el caso de los efectos positivos de la cosa juzgada, con que concorra la identidad subjetiva en ambos procesos con independencia de cuáles sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, lo que provocará que lo decidido —en firme— en el previo procedimiento constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior.

La finalidad perseguida con estos efectos positivos de la cosa juzgada es evitar pronunciamientos contradictorios ya que éstos, de producirse, se mostrarían incompatibles con el consagrado principio de seguridad jurídica y, por ende, también con el más elemental derecho a la tutela efectiva. Por ello, si nos enfrentamos a un pronunciamiento contenido en una sentencia firme y éste afecta a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de enjuiciamiento en

95. Esta posibilidad, a nuestro juicio, deberá quedar sometida al eventual cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 222.4 LEC, al que a continuación nos referiremos en el presente subapartado.

96. *Vid.*, en tal sentido, lo dispuesto en la Sentencia núm. 117/2015, de 5 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller) (RJ\2015\717) (ECLI: ES:TS:2015:685).

un procedimiento posterior, aquel pronunciamiento deberá ser respetado y tenido en cuenta en este último.

A la vista de lo anterior y, recordando que, además, en atención a lo dispuesto en el art. 521 TRLC, el legislador ha determinado expresamente que la LEC es la norma de aplicación supletoria respecto de la normativa concursal, la primera de las conclusiones a las que podríamos llegar es que, efectivamente, si con carácter previo a la culminación del enjuiciamiento en la sección de calificación concursal nos encontramos con un procedimiento —firme— en el que se haya enjuiciado la conducta del administrador en un procedimiento extramuros de acción individual de responsabilidad *ex* art. 241 TRLSC iniciado a instancias de algunos de los acreedores societarios, al menos en el plano teórico⁹⁷ sí cabría la posibilidad de que algunos de estos pronunciamientos [*firmes*] relativos a la efectiva acreditación de un comportamiento reproducible del administrador social desplegase los efectos positivos de la cosa juzgada *ex* art. 222.4 LEC en la sección sexta, máxime ante el nuevo rol protagonista que puede tener este acreedor en ella tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Ahora bien, esta posibilidad no debe entenderse, ni mucho menos, como una suerte de axioma por el que se pretenda con cierto automatismo llevarse a cabo este trasvase probatorio por cuanto no debemos olvidar que la sección de calificación del concurso y la acción individual de responsabilidad social enjuician cosas distintas.

Y es que, recordemos, la sección de calificación se dirige a determinar si el comportamiento del administrador sometido a enjuiciamiento contribuyó a generar o agravar la insolvencia de la sociedad mientras que, por su parte, en la acción individual de responsabilidad del administrador *ex* art. 241 TRLSC iniciada a instancias de un acreedor de la sociedad administrada, el enjuiciamiento de su comportamiento se circunscribe a determinar si hubo o no un comportamiento antijurídico del administrador en la específica generación del crédito que ostenta el acreedor a fin de poder enjuiciar si ha existido o no ese plus de reprobabilidad en la concreta actuación del administrador frente a ese acreedor que hace que su daño pueda considerarse directo y no meramente reflejo⁹⁸.

97. Aun cuando no contamos todavía con claros precedentes que aborden esta cuestión dado el relativo corto periodo temporal que ha transcurrido desde la entregada en vigor de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, tal planteamiento entendemos que sería acorde tanto con la normativa vigente como con la inicial línea jurisprudencial más general que ha sido *ut supra* expuesta.

98. Conviene significar que la acción individual de responsabilidad del administrador en lo que a su eventual ejercicio por el acreedor social se refiere, ha sufrido intensos vaivenes jurisprudenciales que llegaron incluso a negar [*erróneamente*] con cierto automatismo la legitimación activa del acreedor social, pudiendo verse, en tal sentido, una primera aproximación realizada a esta controversia en SAAVEDRA LÓPEZ, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 43, julio-diciembre 2014, Aranzadi, pp. 303-331. En todo caso, en la actualidad, al menos tras el dictado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de su paradigmática Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433),

Nótese que, muestra de este diferente objeto de enjuiciamiento que hace que, *a priori*, no pueda predicarse que exista un solapamiento en el enjuiciamiento de la conducta del administrador en la sección de calificación concursal y en vía societaria *ex art. 241 TRLSC*, es el reiterado rechazo que ya han manifestado nuestros juzgados y tribunales a la existencia de inferencias de la sección sexta en la tramitación paralela en el tiempo de la acción individual, rechazando las eventuales peticiones de suspensión por prejudicialidad civil *ex art. 43 LEC* que han venido formulando los administradores demandados para tratar de paralizar la acción societaria interpuesta frente a ellos estando su sociedad administrada en situación concursal, tal y como se destaca, en otras, tanto en la Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª)⁹⁹, como en

puede afirmarse sin ambages que los acreedores societarios sí tienen legitimación activa para su ejercicio, esta legitimación queda sometida en la práctica forense a la efectiva acreditación por parte del acreedor social de los siguientes cumulativos requisitos: (i) que se ha produzca un comportamiento activo o pasivo del administrador, (ii) que este comportamiento lo ha llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones, (iii) que este comportamiento sea antijurídico —esto es, que sea una conducta que infrinja la Ley, los estatutos sociales o que no se ajuste al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal—, (iv) que el comportamiento antijurídico —bastando que pueda ser calificado como meramente culposo o negligente— sea susceptible de producir un daño, (v) que el daño que se ha inferido al acreedor (tercero) que ejercita la acción sea directo, siendo éste uno de los requisitos que mayor controversia ha generado, exigiéndose que concurran circunstancias muy excepcionales y cualificadas en la particular actuación del administrador frente al concreto acreedor impagado —no es necesario en todo caso que se lesionen los intereses de la sociedad— y (vi) que exista una relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico del administrador y el daño ocasionado al acreedor. En particular, un repaso a la práctica forense, tal y como se destaca en MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 10271, 2023, pp. 1-10, son dos los principales supuestos que, *a priori*, podrían tener un mejor encaje en el ejercicio de esta acción por el acreedor social: (1) los impagos que deriven de deuda contraída por el administrador en nombre de la sociedad en una situación de crisis irreversible que, además, es ocultada al tercero y (2) los supuestos de cierre de facto de la sociedad.

99. Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual) (AC\2013\1427) (ECLI: ES:APA:2013:1359): «Sobre si procede suspender el proceso en relación a la acción individual por prejudicialidad civil —art 43 LEC— respecto de la sección de calificación del concurso, cabe señalar (obviando lo que afirma la demandante sobre la actual declaración de fortuito del concurso, dado que no tenemos constancia formal de ello), que si bien es cierto que cualquier decisión que pudiera suponer valorar si órgano de administración de la sociedad concursada pudo haber incidido en la insolvencia de la sociedad, puede constituir una cuestión prejudicial, en el caso, la cuestión no está en determinar si como consecuencia de la conducta del administrador pudo generar o agravar una situación de insolvencia —que por su propia naturaleza es un concepto genérico— sino si como consecuencia actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo pudo causar daños a Carrier, lo que implica el examen de una conducta individualizada en relación a las vinculaciones comerciales con el acreedor, determinantes del impago que constituye para éste, su daño. Pues bien, desde esta perspectiva, afirmar que pudiera existir prejudicialidad civil requeriría afirmar que la declaración sobre responsabilidad concursal constituye una cuestión en necesaria relación, de modo que la decisión en aquella pieza sea ineludible para tomar una resolución en torno al objeto principal de ese otro procedimiento y sin duda no es así pues de hecho, aun cuando tuviéramos la certeza de la declaración de fortuito, en absoluto ello condicionaría la posible estimación de una acción de responsabilidad del adminis-

la Sentencia núm. [sic]/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga¹⁰⁰.

No cabe por tanto más que concluir, a nuestro juicio, que aun cuando la infinidad de supuestos que ofrece la práctica mercantil puede conllevar el riesgo de que, en algunos supuestos, las conductas del administrador que sean objeto de enjuiciamiento en la sección sexta y aquellas que, por su parte, lo sean en un procedimiento judicial extramuros del concurso a instancias del acreedor social *ex art. 241 TRLSC*, puedan presentar un cierto solapamiento, como regla general, no serían coincidentes lo que, en última instancia, rechaza cualquier automatismo que pretenda por tanto trasvasar «sin más» los pronunciamientos dictados en un previo procedimiento societario de este tipo a la sección sexta por la vía de los efectos positivos de la cosa juzgada *ex art. 222.4 LEC*, como, por el contrario, negar taxativamente y sin excepciones tal posibilidad.

Nos enfrentamos así ante una cuestión jurídica que, como suele ser habitual en la práctica forense, ofrecerá una respuesta final distinta en función de las concretas particularidades del supuesto de hecho enjuiciado pero que, en nuestra opinión, deberá ser tomada especialmente con cautela y rigor en la apreciación de los requisitos establecidos en el art. 222.4 LEC so pena de correr el riesgo de vulnerar, en caso contrario, el más elemental derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

trador respecto del actor en la medida en que la acción de responsabilidad no se fundamenta en la realización de actos por el Sr. Juan María que hubieran podido generar o agravar la situación de insolvencia —art 164 LC— de Mirafret S.A., sino en la circunstancia de si la relación comercial entre ambas sociedades se operaron en estado financiero de la sociedad Mirafret S.A. que le impedía garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con la misma. Por tanto, si bien es cierto que puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal, ámbito por lo demás muy común dada la razón general que se observa en las acciones de responsabilidad por daños, existe sin embargo la suficiente autonomía en aquella acción, dada su especificidad e individualización derivada de la exigencia de la prueba de la relación causal, como para desvincular, al menos en el caso que nos ocupa, una acción, la de responsabilidad por daños del administrador social, de la responsabilidad concursal».

100. Sentencia núm. [sic]/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Jesús del Pilar Márquez) (JUR\2014\262464) (ECLI: ES:JMMA:2014:187): «En el supuesto de autos no puede ni debe prosperar la suspensión por causa de prejudicialidad civil, ya que la acción de responsabilidad concursal que se ejercita en la sección sexta es una acción tendente a determinar la incidencia de la actuación culposa, negligente o dolosa del administrador en la generación de la situación de insolvencia o en su empeoramiento; es una acción de distinta naturaleza jurídica e independiente de la ejercitada *ex art 241 LSC*, que es una acción que regula una responsabilidad referida a un negocio jurídico celebrado sólo con las actoras, no con el resto de acreedores del concurso, globalmente considerado. A mayores, es una acción que no comporta un presupuesto necesario para poder resolver la aquí ejercitada»; Sentencia en la que, no obstante, sí que reconoce que, en aquellos supuestos en los que la acción individual se fundamenta en conductas del administrador que hubiesen podido generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad concursada, sí que podría existir riesgo de solapamiento pudiendo plantearse si, en estos casos, se podrían considerar cumplidos los requisitos para declarar la existencia de una cuestión prejudicial respecto de la sección de calificación.

2. LA CONTROVERTIDA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

2.1 Delimitación subjetiva *ex art. 442 TRLC*

Para identificar cuál es la delimitación subjetiva de la responsabilidad concursal debemos acudir nuevamente al vigente art. 442 TRLC al que ya hemos hecho *ut supra* referencia por ser el encargado de positivizar el supuesto general de la culpabilidad en la sección sexta.

Esta delimitación subjetiva, ya adelantamos, lejos de estar exenta de controversia, se configura desde hace unos años como uno de los puntos de mayor fricción tanto en la doctrina como en la práctica forense por cuanto, como analizaremos *ut infra*, pretende ser extendida a sujetos no expresamente previstos en él, en particular a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica acudiendo al efecto a la previsión contenida en el art. 236.5 TRLSC en lo que a los efectos de eventual condena se refiere *ex arts. 445 y 446 TRLC*, lo que supone extender un gravoso régimen de responsabilidad frente a sujetos que el legislador no ha incluido en nuestro Derecho de insolvencias pese a las sucesivas reformas que en éste se han llevado a cabo, incluso, con posterioridad al acalorado debate que existe al respecto¹⁰¹.

En tal sentido, recordemos, el art. 442 TRLC, como encargado de definir el supuesto general de culpabilidad concursal, nos ofrece la delimitación subjetiva de las personas cuya actuación dolosa o gravemente culposa, generadora o, al menos, agravadora del estado de insolvencia de la sociedad, puede conllevar la calificación de concurso culpable, determinando así al efecto que:

- En caso de concurso de persona física, la conducta debe ser imputable a ella misma —debiendo entender englobado en este supuesto aquellos casos en los que ésta actúe directamente pero también cuando lo haga de manera mediata a través de un apoderado o de un representante voluntario—, así como también, a sus representantes legales.

101. Esta extensión, a en nuestro criterio, no encuentra un claro encaje legal a la vista de los principios más elementales de nuestro Ordenamiento Jurídico pese a que, como muchos defienden, puedan existir razones jurídicas que avalarían las bondades de extenderle el régimen de responsabilidad concursal e, incluso, quizás podría llegar a considerarse como una interpretación acorde con el espíritu de las reformas que en sede de responsabilidad societaria de administradores sí se han llevado a cabo. Ahora bien, aun cuando a día hoy nos encontramos a la espera de que nuestro Tribunal Supremo pueda fijar cuál es su doctrina al respecto y, siendo conscientes de que nuestros juzgados y tribunales menores, aun existiendo claras posturas enfrentadas, parece que se está decantando mayoritariamente por acoger esta interpretación extensiva, ya adelantamos que, como expondremos con mayor detalle *ut infra* en el presente Capítulo, si verdaderamente la voluntad del legislador es extender la responsabilidad concursal a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, resultaría necesario que se llevase a cabo una reforma legal a tales efectos.

- En caso de concurso persona jurídica, la actuación u omisión sometida a enjuiciamiento en la sección sexta deberá haber sido llevada a cabo por sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, así como también de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones¹⁰².

Nótese a este respecto que, como ya ha sido anticipado *ut supra*, el vigente art. 442 TRLC (siendo su predecesor el antiguo art. 164.1 LC), no ha sido ajeno a las numerosas reformas operadas en nuestro Derecho de insolvencias tras la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Y es que, recordemos, la primera delimitación subjetiva que se contenía en el originario art. 164.1 LC se circunscribía al deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, si bien, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ésta sufrió una ampliación respecto de los supuestos de persona jurídica al incluir *ad extra* a los anteriormente expuestos a sus «*apoderados generales*» —siendo ésta una de sus novedades—, «*y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*» —extensión temporal respecto de todos los sujetos afectados, esto es, de quienes ostentasen la condición de administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, y apoderados generales durante esta nueva horquilla de los dos años previos a la declaración de concurso, siendo esta extensión temporal que ampliaba el ámbito subjetivo de la sección sexta una novedad que se introdujo con esta reforma que se mantiene inalterada hasta el día de hoy—.

Nótese en todo caso que, como recordará el lector, esta delimitación temporal incorporada a nuestro Derecho de insolvencias por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, únicamente es de aplicación para la identificación de los sujetos que son susceptibles de enjuici-

102. Conviene precisar, como así lo hacen SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «La calificación y la conclusión del concurso. El derecho penal de la insolvencia», en AA.VV. *Lecciones de derecho mercantil* (Dir. por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.), Aranzadi La Ley, ISBN 978-84-1078-314-0, Vol. 2, 2024, pp. 737-762, pp. 8-9, que «Los efectos de la calificación culpable del concurso habrán de recaer, ante todo, sobre el concursado, pero cuando el concursado hubiese de actuar, necesariamente a través de otras personas (v.gr., representantes legales, administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales), las consecuencias de la calificación recaerán en realidad sobre esas personas, que serán, por ello, «afectadas por la calificación». Además, algunos efectos de la calificación se extenderán, en su caso, a terceras personas consideradas cómplices, por lo que la sentencia deberá declarar también qué personas merecen esa consideración. El concepto de «personas afectadas por la calificación» no coincide con el de «personas especialmente relacionadas con el concursado» (arts. 282 y 283 LC), aunque bien puede ocurrir que algunos sujetos reúnan esa doble condición. En todo caso, la determinación de las personas afectadas por la calificación ha de ir referida, como es lógico, a quienes hubiesen causado o agravado la insolvencia del concursado».

ciamiento *ex art. 442 TRLC* pero no, cuestión de vital importancia, para la delimitación de las conductas que estos sujetos hayan podido llevar a cabo¹⁰³.

Por tanto, podrían ser objeto de escrutinio en la sección de calificación actuaciones u omisiones que hubiese generado o agravado la insolvencia que puedan ser calificadas como dolosas, o al menos, gravemente culposas, protagonizadas por cualesquiera de estos sujetos pese a que esta actuación u omisión no hubiese tenido lugar dentro la franja temporal de los dos años previos a la declaración de concurso.

En todo caso, y retomando nuestro análisis del ámbito subjetivo una vez efectuada la anterior matización, debe significarse que éste volvió a sufrir una ampliación en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, al incluir en el art. 164.1 LC *in fine* a «sus socios conforme a lo conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2» —presunción de culpabilidad *iuris tantum* relativa a la injustificada negativa de los socios sin existir causa razonable a la capitalización de la deuda o a emitir valores o instrumentos convertibles en el marco de los acuerdos de refinanciación¹⁰⁴—; ello, en la práctica, conllevaba la incorporación de la figura del socio en la sección de calificación si bien, en todo caso, se trataba de una incorporación limitada única y exclusivamente a estos supuestos¹⁰⁵.

Esta «nuevamente fugaz» configuración de la delimitación subjetiva —si se nos permite la expresión— a la que nos enfrentamos los operadores jurídicos tras la Ley 9/2015, pronto quedó sin efecto con motivo de la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal y es que éste, pese a los límites fijados en la habilitación dada al Gobierno, trajo algunas novedades en la sección sexta¹⁰⁶.

En particular, como ya vimos *ut supra*, de entre las novedades que se introdujeron relativas a la calificación concursal deben significarse, a los efectos que aquí nos ocupan, los cambios operados en la regulación de la delimitación subjetiva ya que, al margen de su reubicación en el nuevo art. 442 TRLC, éste susti-

103. Criterio éste que continúa siendo plenamente de aplicación con el vigente art. 442 TRLC si bien, claro está, atendiendo a los particulares sujetos en él identificados.

104. Nótese que, como ya ha sido advertido *ut supra*, en nuestra opinión, en puridad, esta inclusión en el antiguo art. 164.1 LC conllevaba una cierta duplicidad de la actuación enjuiciada.

105. Recuérdesse en todo caso que la presunción que antes se establecía en el antiguo art. 165.4º LC relativa a la presunción de culpabilidad introducida por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de aplicación a los deudores que se negasen sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización, pese a ser inicialmente trasladada con algún matiz por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, a los arts. 700 a 702 TRLC en el marco del concurso consecutivo con motivo del texto refundido, finalmente quedó sin efecto al desaparecer éste de nuestro Derecho de insolvencias como consecuencia de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

106. En este punto consideramos oportuno significar de nuevo que ha habilitación concedida, primero por la Disposición Final Octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo y, posteriormente, por la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, en ambos casos *ex art. 82.5 CE*, incluía la facultad concedida al Gobierno de «regularizar, aclarar y armonizar» lo que, humildemente entendemos, no da cabida a la innovación legislativa.

tuyó la figura del «*apoderado general*» por la del «*director general*» como posible persona afectada por la calificación¹⁰⁷.

Este cambio no resulta ni mucho menos baladí ya que, tras él, el enjuiciamiento del comportamiento de los apoderados generales deberá ser enjuiciado, en su caso, bajo el prisma de la figura del administrador o liquidador de hecho —ello no obstante única y exclusivamente en aquellos supuestos en los verdaderamente se cumplan los requisitos legal y, sobre todo, jurisprudencialmente exigidos para que puedan considerarse como tales ya que su mera condición de apoderados generales pasó a resultar inocua a estos efectos—, siendo éste además un cambio legislativo que supuso una cierta armonización, al menos en este concreto aspecto, entre el régimen de responsabilidad concursal y el societario¹⁰⁸.

Esta [*parcial*] armonización entre el régimen de responsabilidad societaria y el concursal al incluir al director general en la delimitación subjetiva de la calificación concursal supuso una extensión expresa del régimen de responsabilidad concursal como análogamente ya se le había extendido la societaria por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, al incorporarse al artículo 236.4 TRLSC a las personas que tengan atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad como susceptibles ser enjuiciadas expresamente por la vía de la acción social y la acción individual.

2.2. Breves reflexiones en torno a la figura del administrador de hecho

Sin perjuicio de que la principal controversia que actualmente existe en torno a la delimitación subjetiva de la sección de calificación contenida en el actual art. 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) pivota sobre la pretendida extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica ex art. 236.5 TRLCS en contraposición de lo dispuesto no ya solo en el arts. 442 TRLC, sino también, en el art. 455.2.1 ° TRLC al que *ut infra* nos referiremos, hemos considerado oportuno realizar aquí al menos unas sucintas reflexiones en torno

107. Destaca en tal sentido la Sentencia núm. 686/2023, de 7 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Monserrat Molina Pla) (JUR\2024\1123) (ECLI: ES:APV:2023:2801): «*la ley es consciente de que en ocasiones quien administra no es un administrador de derecho, pero lo hace bajo esa apariencia, y en otras detrás del administrador legal puede haber actuado otro a quien realmente se le debe atribuir la responsabilidad de lo actuado; y por ello en los arts. 442 y 444 y 455.2.1° TRLC se permite atribuir la responsabilidad de las conductas a los administradores y liquidadores de hecho, o director general, como personas afectas por la calificación*».

108. SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral* (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 418-423, pp. 418-419.

a la figura del administrador de hecho ya que su «definición» o «delimitación», al menos en lo que a la sección sexta se refiere, sigue siendo a día de hoy netamente jurisprudencial.

Esta figura es en la que históricamente los instantes de calificación de culpabilidad han intentado incluir a quien, sin ostentar formalmente la consideración de administrador social, actuaba como así lo fuese¹⁰⁹, siendo ésta una figura que, pese a la importancia que ha tenido en la práctica forense, todavía hoy no cuenta con una expresa definición legal en nuestro Derecho de insolvencias¹¹⁰.

Pues bien, pese a esta ausencia de definición legal en el ámbito concursal¹¹¹, lo cierto es que su inclusión como sujeto cuyo comportamiento es susceptible de ser enjuiciado en la sección sexta a fin de determinar si ha generado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada que «de facto» administraba la encontramos en la redacción originalmente dada al antiguo art. 164.1 LC, habiendo permanecido inmutable desde entonces a salvo de la ampliación del límite temporal de los dos años previos a la declaración de concurso que fue *ad extra* incorporada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Nos encontramos así ante una suerte de «pseudo-cajón de sastre», si nos permite la expresión, al que con cierta frecuencia intentan acudir los instantes de la calificación de culpabilidad para extender el ámbito sujeto de la responsabilidad concursal, lo que ha dado lugar a numerosas resoluciones jurisprudenciales que han ido definiendo y delimitando los requisitos que deben concurrir para su apreciación so pena de, en caso contrario, convertir esta figura en una vía de indebida extensión de esta responsabilidad.

De hecho, pese a que todavía a día de hoy no existen claros precedentes en nuestra jurisprudencia que aborden la posibilidad de que, tras la sustitución del «*apoderado general*» por el «*director general*» llevada a cabo por la reforma operada Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, se someta a enjuiciamiento en la sección

109. MORALES BARCELÓ, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9004-777-4, 2013, p. 270.

110. Esta definición, no obstante, como abordaremos *ut infra* en el presente Capítulo, sí que se encuentra expresamente regulada en el plano societario en el art. 236.3 TRLSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el que se determina que tendrán la consideración de administrador de hecho, incluyéndose en esta figura tanto al administrador aparente como al administrador oculto.

111. Nótese, no obstante que, por exclusión, lo que sí preceptúa ahora expresamente el art. 455.2.1º *in fine* TRLC al establecer el obligado pronunciamiento de la sentencia de culpabilidad concursal relativo a la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices, que «no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en el convenio tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición»; previsión que, como recordará el lector, en análogos términos contenía el art. 701.2 TRLC en su versión previa a la reforma operada el 6 de septiembre de 2022, relativa al concurso consecutivo.

sexta el comportamiento de los apoderados generales como si fuesen administradores de hecho, éste sin duda es un planteamiento que, como ha apuntado la doctrina, se muestra probable¹¹² por cuanto ello ya sucedía con carácter previo a la introducción de su figura en el antiguo art. 164.1 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

En nuestra opinión, tal pretensión debería verse abocada al fracaso si se lleva a cabo de manera general o abstracta esta equiparación del apoderado general con el administrador de hecho sin llevar a cabo un específico y exhaustivo análisis de las concretas circunstancias del caso que pudiesen refrendar tal planteamiento por cuanto, como ya se advirtió con total rotundidad en aquel momento y, entendemos, se reiterará ahora, no puede considerarse ajustada a Derecho la mera asimilación de ambas figuras basada en puros automatismos¹¹³.

Consideramos así que, a la vista de la normativa actualmente vigente, solo podrá ser enjuiciada en la sección de calificación la conducta de un apoderado general bajo el prisma de la figura del administrador de hecho en aquellos supuestos en los que los instantes de la calificación de culpabilidad sustenten tal posibilidad en el cumplimiento —con su correlativa acreditación— de los requisitos que nuestra jurisprudencia exige para que pueda predicarse que nos encontramos ante un verdadero administrador de hecho.

A este respecto, si acudimos a la delimitación que, en el marco de la calificación concursal, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de realizar respecto de esta figura del administrador en reiteradas ocasiones¹¹⁴, puede con-

112. SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», *cit.*, pp. 418-419.

113. Resulta clarificadora en este sentido la Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995): *«En primer lugar, la sola condición de apoderado general no parece que baste para considerarlo persona afectada ... (...) Pero es que, por otra parte, desde el vista positivo, en precedentes ocasiones hemos descartado la tesis estrictamente formal que acude al dato del poder de representación, de manera que no basta para considerar persona legitimada pasivamente en la sección sexta a todo sujeto autorizado por la sociedad para realizar actos o negocios jurídicos por cuenta y nombre de ésta, ... (...) En el caso presente, no queda acreditado que actuase el citado gozase de un poder de dirección general y autónomo, ...»*. Criterio jurisprudencial que, en análogos términos, se recoge en la Sentencia núm. 549/2023, de 3 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2023\439286) (ECLI: ES:APO:2023:3147): *«La equiparación automática del apoderado general con la de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en cuanto que personas que encarnan la jerarquía organizativa de la sociedad, y como tales se encuentran legitimados pasivamente para ser personas afectadas por la calificación y poder ser condenadas a cubrir el déficit concursal, no puede ser admitida»*.

114. V.gr. Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) (RJ\2013\2405) (ECLI: ES:TS:2012:9191): *«Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son «quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal*

cluirse que nos encontramos ante un verdadero administrador de hecho cuando, cumulativamente, se cumplen los siguientes tres tipos de requisitos: (i) el requisito de naturaleza negativa, por cuanto nos debemos encontrar ante una inexistencia de designación formal del sujeto en cuestión como administrador social, (ii) el requisito de naturaleza positiva que exige que la actividad desarrollada por él sea relativa a materias propias del administrador social, se realice de manera sistemática, continuada en el tiempo y con una intensidad tanto en el plano cuantitativo como en el cualitativo asimilable a la de un administrador societario, y ello además de manera independiente al contar con poder autónomo de decisión y respaldo de la propia sociedad y, (iii) el requisito temporal, pues debe enmarcarse *ex art.* 442 TRLC en la horquilla temporal de los dos años previos a la declaración de concurso.

Llama la atención no obstante el hecho de que esta figura, pese a la importancia que presenta en la práctica forense, en el ámbito concursal todavía hoy continúe siendo una figura cuya delimitación es netamente jurisprudencial mientras que, sin embargo, en el marco normativo societario la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introdujo por primera vez en nuestro Derecho societario una expresa definición legal de esta figura.

De esta forma, si atendemos a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 2014, en el art. 236 TRLSC, destinado éste a regular los específicos presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores en el ámbito societario —que no, insistimos y retiraremos *ut infra* por la importancia que debe darse a esta diferenciación, en el ámbito concursal—, podemos ver cómo en su apartado tercero pasó a incluirse una expresa definición de la figura del administrador de hecho.

Pues bien, esta [societaria] definición del administrador de hecho contenida en el vigente art. 236.3 TRLSC determina que *«tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad»*.

Esta definición societaria engloba por tanto a aquellas personas que, sin ostentar formalmente la condición de administrador social, sí cuentan con un poder autónomo que le permite gestionar la generalidad de los asuntos y materias propias de la sociedad de forma continuada y sistemática, incluyéndose así en esta figura tanto al «administrador aparente» como al «*shadow director*» o

condición» (sentencias 261/2007, de 14 marzo, 55/2008, de 8 de febrero, 79/2009, de 4 de febrero, 240/2009, de 14 de abril, 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general».

«administrador oculto»¹¹⁵ lo que, en última instancia, no se aleja del tradicional criterio jurisprudencial existente a este respecto.

Ello, unido al silencio en su definición del que adolece nuestro Derecho de insolvencias, ha hecho que en la práctica forense en reiteradas ocasiones se haya acudido a la aplicación de esta definición societaria en el plano concursal¹¹⁶ y, de hecho, incluso en los casos en los que nuestros juzgados y tribunales reconocen la improcedencia de aplicar extensivamente lo preceptuado en este art. 236.3 TRLSC en la sección sexta, lo cierto es que en todo caso y por la similitud que presenta con la histórica delimitación jurisprudencial de esta figura, finalmente terminan aproximándose a esta definición para determinar si en el supuesto enjuiciado se encuentran o no ante un verdadero administrador de hecho¹¹⁷.

En todo caso, y pese a que, como hemos visto, son reiteradas las resoluciones judiciales que llevan a cabo esta aplicación extensiva del art. 236.3 TRLSC en el ámbito concursal, nos unimos a aquellas voces que alertan de la cuestionada procedencia de tal criterio ya que la finalidad y el alcance de la responsabilidad societaria difiere de los parámetros relativos a la responsabilidad concursal lo que, a nuestro juicio, conlleva que los supuestos de responsabilidad no puedan trasvasarse entre estos diferenciados ámbitos de igual forma que venimos defendido la improcedencia de efectuarlos en lo que respecta al igualmente diferenciado elenco de sujetos afectados a uno y otro¹¹⁸.

En nuestra humilde opinión, el enjuiciamiento en la sección de calificación respecto de si estamos o no ante un verdadero administrador de hecho debe

115. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 421/2015, de 22 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2015\3512) (ECLI: ES:TS:2015:3442): «Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad. No se exigía que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que se admitía que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el art. 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo».

116. Exponentes de tal criterio encontramos, entre otras, la Sentencia núm. 101/2020, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2020\342330) (ECLI: ES:JMBA:2020:2730), la Sentencia núm. 18/2021, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2021\211204) (ECLI: ES:JMBA:2021:3238) así como la Sentencia núm. 31/2023, de 23 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Zaira Vanesa Gonzáles Amado) (JUR\2023\329055) (ECLI: ES:JMBA:2023:1774).

117. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 75/2023, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Abril Manso) (JUR\2023\394517).

118. RODRÍ SÁNCHEZ, S., «La delimitación de la figura del administrador de hecho», Revista de derecho mercantil, ISSN 0210-07 97, N° 301, 2016, pp. 69-109.

continuar realizándose conforme a los requisitos que tradicionalmente se vienen exigiendo por nuestros juzgados y tribunales y no llevándose a cabo una aplicación extensiva del art. 236.3 TRLSC por cuanto, aun cuando en la práctica ello no ofrezca resultados que hagan variar sustancialmente el resultado del enjuiciamiento, esta aplicación extensiva no podría considerarse en modo alguna exenta de crítica por considerar improcedente la admisión que ello conllevaría del posible trasvase regulatorio entre ambos regímenes de responsabilidad.

Por ello, dado que el actual art. 455.2.1º TRLC (antiguo art. 172.2.1º LC) exige que *«si alguna de las personas afectadas (por la declaración del concurso como culpable) lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar específicamente la atribución de esa condición»*, entendemos que esta justificación deberá partir en puridad de los pacíficos criterios jurisprudenciales *ut supra* referidos que han sido fijados expresamente en el ámbito concursal por nuestro más Alto Tribunal hasta que no se lleve a cabo una reforma que específicamente incluya su definición en el TRLC.

Nótese que dadas las gravosas consecuencias que puede llevar aparejada en el ámbito concursal la calificación de un sujeto como administrador de hecho, el legislador ha optado por exigir al juzgador una motivación específica que, si se quiere, se puede considerar como simétrica o espejada respecto de la carga de la prueba que al efecto incumbe a los instantes de la calificación de culpabilidad¹¹⁹ a fin de acreditar¹²⁰ los extremos sobre los que se sustenta la alegada condición de administrador de hecho de la persona que se pretenda afectar bajo esta figura por la calificación concursal —teniendo además presente el límite temporal de los dos años previos a la declaración de concurso¹²¹—; y todo ello, además, inexorablemente puesto en relación con el concreto comportamiento que se alegue pudiese motivar la calificación del concurso como culpable¹²².

En todo caso, y dejando a un lado esta controversia de índole más técnica que práctica, de lo que no cabe duda es de que nuestros juzgados y tribunales exigen

119. Recordemos, con el régimen vigente, el administrador concursal, los acreedores cualificados y, en el ámbito del procedimiento abreviado de calificación, también los acreedores públicos.

120. La condición de administrador de hecho en modo alguno se presume, debiendo ser probada con suficiencia. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Blanco Saralegui) (AC\2012\381) (ECLI: ES:JMPO:2012:23).

121. Destaca, entre otras, a este respecto la ya referida Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo González-Carrero Fojón) (AC\2015\898) (ECLI: ES:APC:2015:1479), que: *«en ningún caso debe responder el administrador actual de actuaciones realizadas por su predecesor en las que aquél no ha intervenido ni cooperado»*.

122. *Vid.* la Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Alemany Eguidazu) (AC\2013\1652) (ECLI: ES:JMM:2013:320): *«La propia Ley Concursal exige una motivación específica para atribuir la condición de administrador de hecho (art. 172.2-1º LC) y debe entenderse que esta condición debe ponerse también en relación con el hecho que ha motivado la calificación. Salvo prueba en contrario, el administrador de iure conserva el dominio del hecho, siendo esta una diferencia significativa con el supuesto anterior del administrador oculto que interpone a un administrador de derecho»*.

en todo caso en la sección de calificación para la consideración de que efectivamente nos encontramos ante un administrador de hecho que se acredite con la debida suficiencia que éste viene realizando activamente labores de dirección, administración o gestión de la persona jurídica concursada, es decir, que haya realizado actuaciones concretas y constantes que hayan revestido una importancia significativa en el ámbito social de la concursada¹²³ y, tras ello, que el juzgador motive expresamente en su sentencia la atribución de esta condición¹²⁴.

Este plus de acreditación y motivación trae causa del rechazo unánime que existe respecto al abuso que algunos instantes de la culpabilidad llevan a cabo de esta figura que, en ocasiones, se pretende tergiversar como [*indebida*] vía de derivación de las consecuencias de la calificación concursal a personas solventes (*deep pocket*)¹²⁵, lo que no puede ser amparado en modo alguno por nuestros juzgados y tribunales.

Por tanto, y a modo de sucinta conclusión, aquel instante de la calificación de culpabilidad que pretenda someter a enjuiciamiento la conducta de un determinado sujeto bajo la figura del administrador de hecho deberá acreditar que éste tenía el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo su decisiva influen-

123. Tal y como se significa con meridiana claridad, entre otras, en la Sentencia núm. 48/2016, de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2016\61201) (ECLI: ES:APO:2016:524): *No podemos aceptar que la condición de socio único pueda ser equiparada automáticamente a la de administrador de hecho si no ha mediado al menos una conducta relevante en la gestión social, o si no consta que hubiera impartido instrucciones a tal fin para poder ser tenido al menos como administrador oculto o en la sombra (shadow director), por lo que al no aparecer si quiera alegado ni probado en el caso enjuiciado nada a este respecto es por lo que el recurso deberá prosperar el extremo que nos ocupa en cuanto a Don Aquilino.*»

124. Resulta imprescindible que se produzca este plus de motivación y acreditación que, *ex lege*, se exige en el art. 455.2.1º TRLC. *Vid.*, en tal sentido, tanto la Sentencia núm. 405/2016, de 25 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2017\26199) (ECLI: ES:APM:2016:17593), como las ya citadas Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995) y Sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Frigola Riera) (AC\2007\857).

125. *Vid.* en tal sentido, entre otras, la ya referida Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Alemany Eguidazu) (AC\2013\1652) (ECLI: ES:JMM:2013:320): *«La propia Ley Concursal exige una motivación específica para atribuir la condición de administrador de hecho (art. 172.2-1º LC) y debe entenderse que esta condición debe ponerse también en relación con el hecho que ha motivado la calificación. Salvo prueba en contrario, el administrador de iure conserva el dominio del hecho, siendo esta una diferencia significativa con el supuesto anterior del administrador oculto que interpone a un administrador de derecho. En el caso aquí enjuiciado, no se alega ni demuestra el desplazamiento de la capacidad de decisión contable de D.ª Melisa a su padre, sin que los escritos rectores de la calificación que nos ocupa contengan referencias a la actuación de D. Agustín en relación con la formulación de la contabilidad o que su actuación impidiera la elaboración con exactitud de los correspondientes asientos contables (como en SAP Córdoba 3ª 123/2009, 29.6). (c) Esta interpretación favorece la seguridad jurídica ya que no desmesura la calificación concursal, evitando incentivar pretensiones contra personas solventes (deep pocket) abusando de la figura de la administración de hecho...».*

cia sobre los administradores formales, bien llegando a sustituirles —con independencia de que ello lo haga actuando de manera oculta o mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal¹²⁶—, ello además respetando el límite temporal de los años exigidos en el art. 442 TRLC, mientras que, que su parte, si el juzgador aceptase tal calificación deberá asimismo, de manera simétrica o espejada, incluir la correlativa y específica motivación en su sentencia que sustente su decisión.

2.3. La cuestionada extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora

En las sociedades de capital el cargo de administrador puede ser recaer, bien en una persona física, bien en otra persona jurídica, tal y como así lo preceptúa expresamente el art. 212.1 TRLSC.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el administrador de una sociedad de capital es una persona jurídica, en la medida en que ésta es un ser inanimado que inexorablemente precisa del auxilio de una persona física para desarrollar sus funciones, es necesario por así preverlo expresamente el art. 212 *bis* TRLSC que ésta designe en todo caso a una única persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo; exigencia legal que tiene su efecto espejo en el art. 143.1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, donde a su vez se exige esta designación como requisito para que pueda llevarse a cabo la inscripción del nombramiento del administrador persona jurídica.

Ante esta posibilidad, siendo además habitual que, en los casos en los que el cargo de administrador lo ocupe una persona jurídica, sea esta persona física designada quien tendrá verdaderamente el control volitivo de la sociedad, nos encontramos con que pese a ello tradicionalmente los distintos regímenes de responsabilidad del administrador —tanto en el plano concursal como en el societario— se detenían en la persona jurídica nombrada como administradora¹²⁷ sin que fuese factible llevar a cabo un automático trasvase o extensión de la responsabilidad de la persona jurídica hacia la persona física designada para su ejercicio.

Esta ausencia de previsión legal alguna que permitiese llevar a cabo este trasvase o extensión de la responsabilidad era objeto de extensas críticas por las voces más autorizadas de nuestra doctrina, llegándose a producirse un clamor

126. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 107/2025, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz) (JUR\2025\78899) (ECLI: ES:APMA:2025:322), así como la Sentencia núm. 318/2015, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) (JUR\2015\196022) (ECLI: ES:APZ:2015:1573).

127. Debe entenderse esta referencia realizada no solo a aquellos supuestos en los que la administradora única sea, a su vez, una persona jurídica, sino también aquellos otros en los que nos encontramos ante un órgano de administración pluripersonal, siendo la persona jurídica nombrada como uno de los eventuales consejeros que conforman el Consejo de Administración.

doctrinal que exigía la extensión expresa a la persona física designada de los regímenes de responsabilidad —concursal y societario— que recaían sobre la persona jurídica administradora; voces que fueron escuchadas finalmente al menos en el plano societario con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo¹²⁸.

Así pues, tras esta reforma, el nuevo apartado quinto del art. 236 TRLSC, bajo la rúbrica de «*Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad*» —ubicado en el Capítulo V, destinado a la regulación de la responsabilidad de los administradores, del Título VI, relativo a la administración de la sociedad—, preceptúa desde entonces que «*la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador*».

Este novedoso art. 236.5 TRLSC hace que, desde la entrada en vigor el 24 de diciembre de 2014 de esta reforma operada por la Ley 31/2014, en el plano societario se produzcan dos vitales efectos a tener en cuenta respecto de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica: (1) en primer lugar, ésta queda sometida a los mismos deberes societarios que la persona jurídica administradora, lo que supone el idéntico sometimiento a los deberes de diligencia y lealtad¹²⁹, algo que con el sistema pre-reforma se mostraba controvertido ante el silencio del legislador¹³⁰

128. Aun cuando ello solo se llevó a cabo finalmente con motivo de la reformada operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, con carácter previo los distintos operadores jurídicos habían visto tímidos pasos en esta línea que no habían llegado a cristalizar. En tal sentido destaca JORDÁ GARCÍA, R., «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», *Diario la Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 8324, 3-6-2014., pp. 12-16, p. 15, que «*como ya se propuso, aunque no vio la luz, en el proyecto de ley de la Ley 25/2011, de 1 de agosto (...), de reforma parcial de la Ley de sociedades de Capital (...), se vuelve a proponer que la persona física representante del administrador persona jurídica esté sometida a los mismos deberes de los administradores respondiendo solidariamente con la persona jurídica del administrador*» y, en la misma línea, también se pronunciaba con carácter previo a esta reforma MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y Coord. por Campuzano Laguillo, A.B.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, ISBN 978-84-9985-071-9, 2011, pp. 59-93, pp. 85-86, indicando que frente a la ausencia de previsión expresa al respecto tanto en la LSA de 1989, como en la LSRL 1995, como en la propia Ley de Sociedades de Capital en su versión pre-reforma, que el texto que sirvió de Anteproyecto de Ley de Sociedades mercantiles sí se prevía que «*la persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada*» (art. 115.2)].

129. Con carácter previo a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, a la persona física designada tan solo le era expresamente exigible *ex lege* el deber de sigilo (art. 232.3 TRLSC) lo que, como ha sido anticipado, era duramente criticado por la doctrina.

130. Nótese que en el marco legislativo pre-reforma parte de nuestra doctrina defendían que, por coherencia con el sistema previsto, se debía exigir al representante persona física de la persona jurídica administradora no solo la diligencia general del buen padre de familia objetiva de un ordenado empresario, sino que ésta debía entenderse como la del ordenado empresario —*vid.*, entre

y (2), a su vez ello tiene como efecto reflejo que ésta debe responder —con su patrimonio personal— de manera solidaria con la persona jurídica administradora que lo designó, ello al menos de manera incontrovertida en lo que respecta a la acción social (arts. 238 y ss. TRLSC) y a la acción individual (art. 241 TRLSC), por así estar expresamente positivizado en nuestro Derecho societario.

Adviértase en este sentido que, al margen de las tesis enfrentadas a las que hoy nos enfrentamos en torno a la posibilidad o no de extender la aplicación del art. 236.5 TRLSC al ámbito de la calificación concursal obviando la clara delimitación subjetiva específicamente prevista en nuestro Derecho de insolvencias en sus arts. 442 y 455.2.1º TRLC —a la que *ut infra* nos referiremos—, en el ámbito societario también existe controversia respecto del alcance de esta previsión ante el silencio que se mantiene por el legislador al regular la responsabilidad solidaria por deudas regulada en el art. 367 TRLSC.

Así pues, y aun cuando no nos extenderemos en el análisis de esta cuestión por cuanto excede del objeto que nos ocupa, sí que consideramos oportuno realzar aquí al menos un sucinto resumen de la controvertida extensión de la responsabilidad solidaria por deudas a la persona física designada por la persona jurídica administradora *ex* art. 367 TRLSC ya que, en última instancia, ello puede resultar de utilidad para alcanzar una mejor comprensión en lo que atañe a la [dudosa] aplicación de esta societaria previsión en el ámbito concursal.

Para ello lo primero que debemos hacer es alertar de la inexistencia de una pacífica respuesta al interrogante que los distintos operadores jurídicos se plantean ante este silencio del legislador respecto a si es —o no— también responsable la persona física designada de la responsabilidad que se genera en el administrador por no disolución en atención al sistema específicamente previsto en el art. 367 TRLSC, pudiendo resumirse las posturas enfrentadas a las que nos enfrentamos como sigue:

- Por un lado, aquellos que abogan por rechazar tal posibilidad sustentan su postura en la propia literalidad del precepto —el legislador pudo haber previsto también la extensión de la responsabilidad de la persona física designa en el marco de la responsabilidad social por deudas, como así hizo respecto del ejercicio de la acción social y de la individual, pero no lo hizo—, siendo además ello lógico a la vista de que solo la sociedad administradora se encuentra formalmente facultada para dar cumplimiento a los específicos deberes que nacen cuando concurre causa de disolución; pos-

otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, ISBN 978-84-470-2773-6, Madrid, 2ª Edición, 2007, p. 59 y DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Coord. IGLESIAS PRADA), ISBN 84-470-0693-X, Vol. II, Madrid, 1996, pp. 2295-2338, p. 2.326— mientras que, para otros, ello no podría considerarse ajustado a Derecho pese a las bondades que ello podía presentar ante la inexistencia de un marco legal que así lo preceptuase de una cobertura legal que lo previese —*vid.*, entre otros, SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.*, pp. 141-202.

tura que en todo caso sustentan en el rechazo de la aplicación extensiva de una norma represiva en atención a lo preceptuado en el art. 4 CC.

- Por otro, aquellos que sí defienden esta posibilidad consideran que, pese al silencio del legislador al regular la responsabilidad por deudas, debe extenderse ésta la persona física designada por cuanto, tras la reforma, se encuentra ya expresamente sometida a los mismos deberes societarios que los administradores y, por ello, consideran que no cabe más que un análogo régimen de responsabilidad en caso de su incumplimiento.

Pues bien, perviviendo aún defensores y detractores de ambas posturas, lo cierto es que tanto la doctrina mayoritaria¹³¹ como también las más modernas resoluciones dictadas por nuestros juzgados y tribunales¹³² parecen decantarse

131. *Vid.*, a tal efecto: SANCHEZ GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en AA.VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código del Buen Gobierno de febrero de 2015* (Dir. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUIJANO GONZÁLEZ, J., y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. por RONCERO SÁNCHEZ, A.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9099-513-6, Vol. 2, 2016 (Tomo II), pp. 613-633; BRENES CORTÉS, J., «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Nº 50, 2017, pp. 113-152; FUENTES DEVESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en AA.VV. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo V (Artículos 346-433) Separación y exclusión de socios. Disolución y liquidación. Las obligaciones* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHEZ GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-1397-954-0, 2021, pp. 5033-5086, pp. 5053-5055.

132. *Vid.*, entre otras, la reciente Sentencia núm. 282/2024, de 23 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Leandro Blanco García-Lomas) (JUR\2024\551806) (ECLI:ES:APV:2024:2703): «La controversia doctrinal a la que alude la sentencia y el recurso de apelación, sin que se invoque doctrina concreta que sustente esta afirmación, estriba en dar respuesta a la duda de si el artículo 236.5 del TRLSC, inserto en el capítulo dedicado a «La responsabilidad de los administradores», relativo a las acciones individual y social de responsabilidad, dentro del Título del TRLSC relativo a los administradores sociales puede también aplicarse a la responsabilidad por no promover la disolución o por deudas, inserto en el capítulo previsto para la «disolución», dentro del Título del TRLSC previsto para la disolución y liquidación. Así, quienes sostienen que el artículo 236.5 del TRLSC es una norma aplicable únicamente a la composición subjetiva de las acciones individual y social de responsabilidad, niegan su posible extensión a la acción de responsabilidad por no promover la disolución o por deudas. En cambio, quienes defienden que la norma del artículo 236.5 del TRLSC, pese a su ubicación sistemática entre las acciones individual y social de responsabilidad, es una norma general que afecta a la responsabilidad de los administradores (de ahí su ubicación en el capítulo dedicado a esta cuestión), entiende que es aplicable a cualquier acción de responsabilidad de administradores, también la acción ex lege del artículo 367 del TRLSC. (...) Esta Sala asume también la tesis integradora, no sólo por los argumentos extractados, sino fundamentalmente porque si el Alto Tribunal ha indicado que los administradores sociales ocupan una posición de «garantes solidarios» junto con la sociedad que administran respecto de las obligaciones sociales que contraiga después del incumplimiento del deber legal de convocar la junta general de socios para que en su seno se decida sobre la disolución de una sociedad, o de remover la causa legal de disolución, esta posición se justifica por el incumplimiento del citado deber legal».

por la aplicación extensiva de la previsión del art. 236.5 al ámbito de la responsabilidad del art. 367, ambos del TRLSC.

En nuestra opinión, esta controversia debería ser resuelta cuanto antes por nuestro legislador mediante la positivización de la postura que, verdaderamente, sea la que considere oportuno adoptar ya que, si bien es cierto que en el caso de la extensión subjetiva al supuesto del art. 367 TRLSC podría considerarse en cierta medida acorde al espíritu de la normativa societaria, no lo es menos el hecho de que una aplicación o interpretación extensiva de una norma que implica un mayor régimen de responsabilidad presenta graves problemas en atención a los principios que rigen en nuestro Ordenamiento Jurídico, estando vedada *ex art. 4 CC* la aplicación extensiva de normas represivas de ilícitos civiles, debiendo estar asimismo a una interpretación que resulte acorde tanto a la propia literalidad de los preceptos como también a su distinta ubicación, debiendo recordar la importancia de respetar el criterio sistemático recogido en el art. 3.1 CC¹³³.

Nótese a este respecto que la distinta ubicación de los preceptos 236.5 y 367 TRLSC puede no resultar ni mucho menos baladí, tal y como ya ha tenido ocasión de significar nuestro más Alto Tribunal a la hora de determinar si el art. 241 *bis* TRLSC, cuya rúbrica reza «*Prescripción de las acciones de responsabilidad*», determinado su contenido que «*la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse*», resulta o no de aplicación al supuesto del art. 367 TRLSC; posibilidad que ha rechazado apoyando su decisión, entre otros aspectos, en la importancia de su distinta ubicación en la norma.

Así, si atendemos a lo dispuesto en la paradigmática Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo¹³⁴ —primera sentencia dictada por nuestro más Alto Tribunal en la que se abordó

En la misma línea encontramos también la Sentencia núm. 13/2024, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor) (JUR\2024\87181) (ECLI: ES:APB:2024:311), así como la Sentencia núm. 610/2024, de 14 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Sans Sánchez) (ECLI:ES:APT:2024:1681).

133. Por todo ello entendemos que esta discusión doctrinal, al igual que sucede con la que *ut infra* analizaremos, debería hacer al menos reflexionar a nuestro legislador sobre la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa que aclare estas cuestiones ya que, de lo contrario, entendemos que en última instancia el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE se podría ver quebrantado.

134. Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2023\403535) (ECLI: ES:TS:2023:4540). Nótese a este respecto que el criterio contenido en esta paradigmática Sentencia ha sido objeto de posterior ratificación en posteriores sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo —*vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 217/2024, de 20 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2024\62950) (ECLI: ES:TS:2024:828), la Sentencia núm. 275/2024, de 27 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR 2024\70706) (ECLI: ES:TS:2024:1002) y la Sentencia núm. 1492/2024, de 11 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (JUR\2024\432174) (ECLI:ES:TS:2024:5503)—.

esta controvertida extensión del art. 241 *bis* TRLSC a la responsabilidad del art. 367 TRLSC—, vemos cómo en ella se consideró determinante el hecho de que el art. 241 *bis* TRLSC se encuentre incluido en el Capítulo V dedicado, como hemos visto, a «*La responsabilidad de los administradores*», del Título VI, encargado de «*La administración de la sociedad*», mientras que, por el contrario, el art. 367 TRLSC está ubicado en el Capítulo I, «*La disolución*», Sección 2ª, «*Disolución por constatación de causa legal o estatutaria*», del Título X, encargado por tanto de regular la «*Disolución y liquidación*», habiendo así rechazado nuestro Tribunal Supremo esta interpretación extensiva del art. 241 *bis* TRLSC por considerarla contraria no sólo a la debida interpretación literal de la norma sino también a su debida interpretación sistemática en atención del art. 3.1 CC.

Tal criterio, si bien por el momento formalmente se limita a la prescripción aplicable a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC, entendemos que puede resultar relevante y, quizás, «*la antesala*» de su futura postura respecto de las controversias que existen en torno a la posible interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 236.5 TRLSC tanto a esta acción de responsabilidad por deudas como quizás incluso también, y con mayor motivo, respecto de la responsabilidad concursal¹³⁵.

En todo caso, retomando el nudo gordiano del presente subapartado de nuestro trabajo, debe advertirse al lector que, a falta todavía de que nuestro más Alto Tribunal fije doctrina jurisprudencial, parece *a priori* que nuestros juzgados y tribunales menores estarían decantándose en sus últimas resoluciones finalmente con una cierta mayoría por defender la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLSC al ámbito concursal.

No obstante, esta controversia es si cabe todavía mayor a la anteriormente referida *ut supra* al enfrentarnos a dos regímenes de responsabilidad claramente diferenciados, sin poder replicarse —al menos en nuestra opinión— los argumentos que acaban de ser expuestos para defender la aplicación extensiva en relación con el art. 367 TRLSC en la medida en que éste se encontraría dentro ámbito societario, lo que no sucede respecto de la responsabilidad concursal.

Y es que, insistimos, la extensión o, si se prefiere, equiparación de la responsabilidad de la persona física designada por la persona jurídica administradora con la de esta última no se ha trasladado a día de hoy al ámbito concursal, en el que ninguna reforma en este concreto extremo se ha llevado a cabo en nuestro Derecho de insolvencias.

No puede obviarse por tanto que el legislador ha optado por no incluir esta figura en la delimitación subjetiva de la sección de calificación *ex art.* 455.2.1º TRLC (anterior art. 172.2 LC), habiendo sido además numerosas y de gran calado las reformas operadas en la sección de calificación e incluso en el concreto particular de los sujetos que pueden verse afectados por ella —tal y como ha sido

135. Opinión ésta que ya tuvimos ocasión de defender en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal*, *cit.*, pp. 215-217.

previamente analizado *ut supra*—, todo ello además siendo el legislador plenamente conocedor de la crítica que de ello se viene haciendo desde la doctrina.

Entendemos que la interpretación de los silencios legislativos es ciertamente complicada y controvertida en la mayoría de las ocasiones, siendo en estos casos especialmente relevante cuál es en todo caso la postura que adopta el legislador una vez que la controversia se torna notoria tanto en la doctrina como en la práctica forense, máxime cuando en este contexto se adoptan reformas legislativas que afectan a la norma en la que se produce este silencio.

Por ello consideramos que en el supuesto que nos ocupa resulta revelador de la verdadera voluntad del legislador el hecho de que, pese a haber reformado en distintas ocasiones la identificación las personas que pueden ser afectadas por la calificación, enfrentándonos a reformas que no sólo han sido numerosas tras la promulgación y publicación de la Ley Concursal, sino también muchas de ellas posteriores tanto a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre —en la que se incluyó este nuevo apartado quinto en el art. 236 TRLSC— como también al nacimiento de la controversia que tras ello se generó y, en ninguna de ellas se ha incluido a la persona física designada por la persona jurídica administradora como posible sujeto afectado por la calificación concursal.

No pueden obviarse los «silencios» mantenidos y reiterados por los que ha optado el legislador español a la hora de omitir cualquier referencia a la posible afección de la responsabilidad concursal a la persona física designada en análogos términos a su afección societaria *ex* art. 236.5 TRLSC, cuando se han reformado diversos preceptos encargados de regular la sección de calificación tanto para mejorar en ocasiones su dicción como también para llevar a cabo importantes reformas en cuanto a su regulación¹³⁶, y ello incluso respecto de la delimitación de los posibles sujetos afectados por la calificación.

Es por tanto para nosotros revelador el hecho de que, específicamente, la reformada operada por Ley 9/2015, de 25 de mayo —posterior por tanto a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre— afectase al propio art. 172.2.1º LC siendo éste el encargado de definir las categorías de posibles «*personas afectadas*» por la calificación con una aparente finalidad de armonizar la regulación de esta materia corrigiendo las referencias que ese precepto hacía al antiguo art. 165.4º LC en referencia al [*igualmente antiguo*] art.165.2.4º LC, delimitando el grupo de sujetos *afectados* por la calificación sin haber incluido expresamente en él a la persona física designada por la persona jurídica administradora¹³⁷.

136. *Vgr.*, se han alterado las reglas básicas que afectan a la propia tramitación de la sección sexta con cambios significativos en los roles concedidos a los acreedores y al Ministerio Fiscal, se ha modificado la propia naturaleza de la responsabilidad por el déficit concursal, etc.

137. *Vid.* lo dispuesto, entre otros, por MORALES MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *cit.*, p. 421, afirmando el autor que «*el carácter más limitado de la relación de personas susceptibles de verse afectadas por la calificación de culpable del concurso permite inferir la naturaleza sancionadora de este instituto frente a la conformación de la responsabilidad civil resarcitoria de los administradores tal y como resulta del TRLSC*».

Si verdaderamente la voluntad del legislador fuese la extender la responsabilidad concursal a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica consideramos que, al momento de llevar a cabo la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, así lo habría hecho, ya que en aquel momento por todos eran conocidas las notorias críticas realizadas por la doctrina tras la asimetría generada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, al haber atendido ésta *[solo]* parcialmente su férrea defensa de la extensión en cascada de los distintos regímenes de responsabilidad de los administradores¹³⁸.

Nos enfrentamos a dos regímenes de responsabilidad claramente diferenciados y, por ello, entendemos que no existe obstáculo alguno para que los sujetos que puedan verse afectados por una y otra no sean los mismos.

El TRLSC lo que hizo al introducir el apartado quinto de su art. 236 fue imponer unos concretos deberes de índole societaria al representante persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica. Esta extensión de deberes societarios no puede justificar —al menos no con el automatismo que muchos pretenden— una interpretación extensiva o integradora del 236.5 TRLSC al art. 455.2.1º TRLC (anterior art. 172 LC), a la vista del gravoso régimen que ello supondría para esta persona física designada sin contar con una expresa previsión al efecto en nuestro Derecho de insolvencias por ser ésta una interpretación contraria a la literalidad especial norma concursal, al ya referido criterio sistemático recogido en el art. 3.1 CC e incluso también entendemos podría considerarse vedada *ex art. 4 CC*¹³⁹.

138. Si en este momento optó por no incluir esta previsión a nuestro juicio, como ha sucedido con otros silencios legislativos, siendo un claro ejemplo de ello el relativo a la ausencia de norma alguna que prohibiese la compatibilidad del ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex art. 241 TRLSC* estando en tramitación el concurso de acreedores de la sociedad administrada, es porque no es su voluntad su inclusión, siendo éste además un razonamiento análogo a los que previamente ha llevado a cabo la doctrina jurisprudencial ante controversias como la que nos ocupa —*v.gr.* Auto núm. 98/2017, de 5 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2017\209505) (ECLI: ES:APM:2017:2634A) incluye el siguiente razonamiento respecto del modo en que deben coordinarse las acciones societarias y las concursales ante el igualmente reiterado silencio de nuestro legislador en esta materia: *«que no existe exquisito paralelismo entre el círculo de personas que pueden ser sujetos pasivos de pronunciamientos condenatorios en la sección de calificación del concurso y el círculo de personas que bayan ostentado la condición formal de administradores los dos años anteriores a la declaración del mismo»*—.

139. No desconocemos la evolución jurisprudencial que hemos vivido en los últimos años respecto de la concepción de la naturaleza de la responsabilidad concursal, fruto de la cual se ha ido alejando su concepción de naturaleza sancionadora para abrazar otro tipo de funciones como la resarcitoria. En todo caso entendemos que, a los efectos de lo dispuesto en el art. 4 CC, esta responsabilidad sí podría considerarse al menos pseudo-sancionadora vetando interpretaciones extensivas del art. 236.5 TRLSC en ella a la vista de la configuración que presenta tras las últimas reformas y, en todo caso, como una específica y delimitada responsabilidad concursal claramente diferencia del ámbito de responsabilidad del régimen societario. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 516/2019, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR\2020\35115) (ECLI: ES:APM:2019:15209):

Postura ésta que, entendemos, cobra si cabe más fuerza en la medida en que si atendemos a la normativa societaria vemos cómo en ella ni tan siquiera se le otorga a la persona física designada por la persona jurídica administradora la condición de representante legal de la compañía que, insistimos, es administrada por su representada, no debiendo obviarse que tal y como preceptúa el art. 233 TRLSC, esta persona física única y exclusivamente es el representante de la persona jurídica administradora, no de la sociedad que ésta administra.

Sin embargo, en este particular ecosistema normativo, nos encontramos con que, tras la entrada en vigor Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de la mano del nuevo apartado quinto del art. 236.5 TRLSC surgieron defensores la aplicación integradora de esta extensión societaria de la responsabilidad en cascada de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica en el campo de la responsabilidad concursal, lo que derivó en que algunos instantes de la calificación de culpabilidad del concurso acudiesen a ella para interesar su condena en la sección sexta considerándola como uno de los posibles sujetos afectados por la calificación concursal obviando el hecho de que ninguna reforma se había acometido en el art. 455.2.1º TRLC (anteriormente regulado en términos similares en el art. 172.2 LC).

De esta forma, pese a que la propia literalidad de la especial normativa concursal no podía sustentar una condena en la sección sexta a la persona física designada por la persona jurídica administradora, si atendemos al contenido de estos informes de calificación culpable que comenzaron a someter esta cuestión al escrutinio judicial vemos cómo se sustentaban en la total omisión del debido respeto al contenido delimitador en el ámbito subjetivo del art. 172.2 LC —materia que actualmente se regula en el art. 455.2.1º TRLC—, sustentando su afección en la sección sexta no por ninguna norma de nuestro Derecho de insolvencias sino por la del art. 236.5 TRLSC considerando extensible a la responsabilidad concursal la regulación del régimen de responsabilidad societaria establecido en él al determinar que *«estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador»*.

Como ha sido advertido *ut supra*¹⁴⁰, a nuestro juicio ello no se ajusta a las reglas establecidas en nuestro Ordenamiento Jurídico y, sin una reforma legal expresa que así lo determine, su aplicación se evidencia cuanto menos manifiestamente cuestionable ante la existencia de, entre otros, los siguientes argumen-

«No cabe contemplar una interpretación extensiva de la previsión del art. 236.5 TRLSC, dada la naturaleza de la norma del art. 172 LC, de responsabilidad y pseudo-sancionatoria, art. 4.2 CC». Y, en la misma línea, determina la Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545): *«no parece que quepa realizar una interpretación amplia o extensiva de los términos en que aparece redactada la norma si tenemos en cuenta que estamos en presencia de un presupuesto para la aplicación de normas de carácter sancionador, como ocurre con la condena de inhabilitación prevista en el art. 172-2-2º L.C.»*.

140. Y así defendimos también en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal*, cit., pp. 313-330.

tamos contrarios a tal posibilidad: (i) la no inclusión de la persona física designada en el elenco de posibles sujetos afectados relacionados tanto en el art. 455.2.1º TRLC (antiguo art. 172 LC), choca frontalmente con la interpretación literal de la norma —especial— concursal, (ii) obvia el criterio de interpretación sistemático del art. 3.1 CC, (iii) la prohibición de aplicar analógicamente esta norma si se quiere, al menos, de naturaleza al menos en parte a estos efectos «pseudo-sancionadora», aun cuando sean relativas a ilícitos civiles *ex art. 4 CC*, (iv) el diferente ámbito de responsabilidades que, como ya ha sido analizado, se regula en el TRLSC en el plano societario y, en el TRLC en el concursal, (v) estrechamente vinculado con lo anterior, el hecho de que el TRLC es una ley especial que, entendemos, debe prevalecer en el enjuiciamiento de la responsabilidad concursal y, (vi) la inexistencia de designación del TRLSC como norma de aplicación subsidiaria el TRLC a diferencia de lo que sí sucede respecto de la LEC *ex art. 521 TRLC*¹⁴¹.

Nótese que incluso con la mera atención al primero de estos argumentos podría ser suficiente para el rechazo de la condena a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica en la sección de calificación, ya que la propia dicción del actual art. 455.2.1º TRLC entendemos no deja margen a otras interpretaciones por cuanto identifica con meridiana claridad las personas que pueden ser condenadas en la sección sexta cuando nos encontramos ante el concurso de una persona jurídica, en cuyo caso literalmente indica que *«podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, los directores generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones»*.

Éstas y no otras, entendemos, son las personas que eventualmente pueden verse afectadas por la sección de calificación, sin que este abanico de sujetos haya sido ampliado a fin de incluir en él a la persona física designada por la persona administradora con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se incluyó la referida previsión societaria —que, insistimos, no concursal— del art. 236.5 TRLSC, pese a que han sido diversas y reiteradas las reformas legales que con posterioridad a ella se han producido en nuestro Derecho de insolvencias.

El vigente artículo 455.2.1º TRLC, en análogos términos a lo que ya nos ofrecía predecesor art. 172 LC¹⁴², no extiende la calificación concursal ni, por tanto, tampoco las posibles sanciones a imponer en la sección sexta al a la persona

141. Ello, como veremos un infra en el siguiente Capítulo, resulta de vital importancia para la resolución de la controversia que existe en relación con la medida cautelar de art. 133 TRLC y la defendida aplicación subsidiaria de la normativa regulatoria de las medidas cautelares en la LEC ante la exigua regulación concursal de esta medida.

142. Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el art. 172 LC pasó a determinar a estos efectos que: *«En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*

física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de la persona jurídica administradora de la concursada¹⁴³.

No olvidemos que la delimitación del concepto de «*personada afectada por la calificación*» tradicionalmente se ha considerado como un específico y concreto concepto legal fijado por la propia Ley Concursal en la que se ha venido delimitando subjetivamente —con alguna variación fruto de las reformas sufridas— quiénes pueden eventualmente ser declaradas personas afectas por la calificación. Y ello, además, entendiéndose tradicionalmente que la concreta y específica enumeración que el legislador ha venido preceptuado en la norma concursal debía [y, entendemos, debe] considerarse como un listado de *numerus clausus*.

Nótese además que esta consideración de listado de *numerus clausus* no solo venía siendo defendida por la doctrina, sino también por nuestros juzgados y tribunales, cuyas resoluciones judiciales mostraban un fiel respeto a esta específica delimitación sin admitir condenas a sujetos no incluidos en ella, utilizando el adverbio «solo» a la hora de indicar que solo podrán ser afectados por la calificación los sujetos identificados como tales en nuestro Derecho de insolvencias¹⁴⁴.

Sin embargo, frente a lo que podía considerarse como un pacífico criterio jurisprudencial, esta concepción de elenco *numerus clausus* comenzó a resultar controvertida tras la reforma societaria llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el marco de la pretendida extensión de la responsabilidad concursal a la persona física designada por la persona jurídica administradora pese a la inexistencia de reforma concursal alguna al respecto.

Desde entonces nuestros juzgados y tribunales [*menores, hasta el momento*] se enfrentan a las cada vez más frecuentes peticiones de condena a esta persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica formuladas por los instantes de la culpabilidad¹⁴⁵ sobre la extendida aplicación al ámbito concursal de la previsión societaria del art. 236.5 TRLSC, debiendo dilucidar al efecto si puede —o no— verse

de concurso»; lo que se acompasa con lo determinado en art. 172 bis.1 LC respecto la condena al pago del déficit concursal, estando igualmente en consonancia con el art. 164.1 LC.

143. Esta cuestión es profusamente analizada en FUENTES DEVEESA, R., «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N.º. 2, 2019, pp. 1 y ss. edición digital.

144. Ello no obstante debiendo significarse que la utilización de este advertido «solo» no se realiza con motivo del enjuiciamiento específico de la controversia que nos ocupa, sino más bien al modo de descripción del marco legislativo existente, encontrándonos en esta línea con diversas resoluciones judiciales que se dictaban con posterioridad manteniendo esta tradicional concepción incluso con posterioridad a la reforma societaria llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre —*vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 167/2017, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Ponente: Ilmo. Sr. Pedro José Malagón Ruiz) (JUR 2017\235722) (ECLI:ES:JMSS:2017:631), la Sentencia núm. 119/2019 de 9 abril (AC 2019\1148) (ECLI:ES:JMSS:2019:633) y la Sentencia núm. 31/2020 de 23 enero (JUR 2020\163009) (ECLI:ES:JMSS:2020:1057)—.

145. Instantes de la culpabilidad que, recordemos, si bien con carácter previo a la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se circunscribían a la administración concursal y a el Ministerio Fiscal, ahora éste es sustituido por los acreedores cualificados y, en los procedimientos abreviados de calificación, se incorporan también los acreedores de derecho público.

ésta afectada por la sentencia de calificación extrapolando o extendiendo la responsabilidad que pudiese recaer en la persona jurídica administradora¹⁴⁶, esto es, determinando si cabe llevar a cabo un trasvase automático de esta afectación a la persona física que aquella designa para el desempeño material de esa actuación de administración¹⁴⁷.

146. Resultan interesantes las reflexiones contenidas en la Sentencia núm. 16/2021, de 13 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José González Moravilla) (JUR\2021\108652) (ECLI: ES:APOU:2021:25), por cuanto éstas, si bien presentan un carácter meramente *obiter dicta* al no encontrarse ni tan siquiera en vigor la Ley 31/2014, de diciembre, al momento de acontecer las conductas objeto de enjuiciamiento, por cuanto éstas reflejan las primeras dudas a las que se enfrentaban —y todavía hoy se enfrenten— ante estas novedosas peticiones que comenzaron a realizar los administradores concursales y el Ministerio Fiscal: «No se contempla expresamente en el precepto a la persona física representante de una persona jurídica, aunque el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que toda persona jurídica administradora debe designar a una persona natural para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Es cierto que desde la entrada en vigor de la reforma de la legislación societaria operada por la Ley 31/2004 de 3 de diciembre, el apartado 5 del artículo 236 establece que la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador. Esta norma, sin embargo, es discutible que pueda aplicarse de forma extensiva desde su propio ámbito, que es el de los deberes de los administradores y su responsabilidad, a otro ámbito distinto, de carácter sancionador, como el de la calificación concursal».

147. Nótese asimismo que, atendiendo el criterio que ya ha sido fijado por nuestro más Alto Tribunal respecto a la improcedencia de acoger en la figura del administrador de hecho a sujetos no afectas por ella como puede ser el ya referido supuesto del apoderado general tras su sustitución por la del director general en el art. 442 TRLC, por cuanto ello supondría una espuria vía para extender la responsabilidad concursal contraviniendo el espíritu de la norma concursal, consideramos que en cierta medida este criterio veta la posibilidad de considerar como administrador de hecho a la persona física designada —al menos lo vetaría como regla general sin perjuicio de que, atendiendo a las particularidades del caso, sí pudiese excepcionalmente considerarse como tal—. *Vid.* en tal sentido, la Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Orduña Moreno) (RJ\2018\788) (ECLI: ES:TS:2018:716), al determinar que: «por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley». Esta cuestión ha sido en todo caso particularmente analizada por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «La afectación de la calificación concursal de la persona natural designada por la administradora social persona jurídica», en AA.VV. 2020 *Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos* (Coord. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.), Ed. La Ley, ISBN 9788418349034, 2020, pp. 275-302, trabajo en el que la autora, con gran rigor, analiza la Sentencia núm. 627/2018, de 21 de nombre, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Auxiliadora Orellana Cano) (JUR\2019\44909) (ECLI:ES:APCA:2018:1493), dictada en la sección sexta, en la que el Tribunal concluyó que la persona física designada por persona jurídica administradora no puede quedar afectada por la calificación de culpabilidad como administradora de derecho, no llegando a profundizar en todo caso respecto de su eventual consideración como administrador de hecho por cuanto, apunta, ello no fue objeto de controversia en la primera instancia; Sentencia que si bien fue objeto de recursos ante nuestro más Alto Tribunal, éstos fueron inadmitidos por Auto de 15 de septiembre de 2021, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas) (RJ\2021\4082) (ES:TS:2021:11271A).

Pues bien, como ha sido anticipado *ut supra*, esta cuestión a día de hoy es la protagonista de las más acaloradas discusiones —si se nos permite la expresión— tanto en la doctrina como en nuestros juzgados y tribunales, enfrentándonos así los distintos operadores jurídicos a un escenario marcado por la gran inseguridad jurídica que se deriva de la inexistencia de consenso alguno en una materia de gran importancia pues, de ella depende que se extienda o no el gravoso régimen de la responsabilidad concursal a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica.

Nótese al respecto que, ante este escenario, en las propias resoluciones judiciales que se están dictando a este respecto son los propios juzgados y tribunales los que ponen el acento en la existencia de las dos tesis enfrentadas que dividen tanto al ámbito forense como a la doctrina, exponiendo los argumentos y defensores de cada una de ellas para, finalmente, resolver el supuesto que se somete a su enjuiciamiento decantándose por una u otra.

Ejemplo de ello lo encontramos, entre otras, en la reciente Sentencia núm. 76/2024, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra¹⁴⁸, en la que destaca que la cuestión no es pacífica entre nuestros tribunales y doctrina científica, existiendo dos corrientes opuestas: (i) por un lado, la que denomina como tesis disociativa que rechaza tal posibilidad atendiendo a la propia literalidad de la específica norma concursal, sin que esté prevista en ella además la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades de Capital y, (ii) por otro, la tesis integradora que se inclina por entender que el art. 236.5 LSC sí tiene cabida el ámbito concursal pudiendo quedar afectada la persona física designada por la sentencia de calificación por cuanto dicho precepto hace que esté sujeta a los mismos deberes del administrador social, siendo ésta por la que finalmente se decanta.

Nótese a este respecto que, si bien en esta Sentencia se hace un sucinto resumen de los argumentos y defensores de cada una de estas tesis, continuaremos con el análisis de esta cuestión atendiendo a la más extensa exposición que se realiza de estas dos tesis enfrentadas en la en la Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª)¹⁴⁹, siguiendo

148. Sentencia núm. 76/2024, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosario Rodríguez López) (JUR\2024\536732) (ECLI:ES:JMPO:2024:302).

149. Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916); Sentencia cuyos argumentos asimismo se replican en las restantes diez sentencias que dictó este Tribunal, siendo ponente en todas ellas el Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, en el marco del enjuiciamiento de las secciones de calificación de once concursos voluntarios de acreedores que fueron simultáneamente tramitados respecto de once sociedades que conformaban un mismo grupo empresarial. Adicionalmente. En todo caso, aun cuando la argumentación se replica análoga en todas ellas, se facilita al lector la completa referencia de las restantes diez Sentencias: núm. 332/2023, de 23 de marzo (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303), núm. 465/2023, de 20 de abril (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165), núm. 477/2023, de 27 de abril (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161), núm. 526/2023, de 4 de mayo (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253), núm. 626/2023, de 11 de mayo (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688), núm. 665/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808), núm. 666/2023, de 7 de junio

al efecto el clarificador esquema expositivo del análisis de esta controvertida la cuestión que se contiene en su Fundamento de Derecho de Segundo:

- (i) Tesis excluyente, también conocida como restrictiva o disociativa
- Esta tesis es la que defiende la improcedencia de atender a la previsión contenida en el art. 236.5 TRLSC para ampliar subjetivamente la delimitación de los posibles sujetos afectados por la responsabilidad concursal; tesis que, en esencia, se apoya en los siguientes argumentos:
- El respeto a la literalidad de la norma concursal, en particular de lo dispuesto en el art. 455.2.1º TRLC, cuya tradicional configuración como elenco *numerus clausus* debe mantenerse.
 - La proscrita interpretación extensiva de los posibles sujetos afectados por la calificación concursal *ex* art. 4 CC, al poder considerar esta norma como represiva de ilícitos civiles¹⁵⁰.
 - La inexistencia de norma alguna que exija una correlación entre el ámbito subjetivo de la responsabilidad societaria y la concursal, siendo perfectamente ajustada a Derecho la asimetría que en la actualidad existe entre ambos regímenes que no ha sido erradicada por nuestro legislador pese a ser plenamente conocedor de su existencia.
- Nótese en este sentido que, a diferencia de lo que ha sucedido en los países de nuestro entorno, pudiendo citarse aquí a título de ejemplo el caso francés, donde sí se llevó a cabo una reforma expresa del *Code*

(JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807), núm. 680/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723), núm. 681/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727), y núm. 688/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810).

150. Como ha sido *ut supra* advertido, no desconoce esta parte la evolución jurisprudencial que se ha llevado a cabo en los últimos años superando la histórica concepción de la responsabilidad concursal como una norma sancionadora para acercarse a una naturaleza más próxima a la resarcitoria. No obstante, entendemos que, a la vista de la gravedad de las consecuencias que ésta puede llevar aparejada por cuando abarca un amplio elenco de lo que consideramos pueden ser sanciones tales como la inhabilitación, la pérdida de derechos en el concurso, la indemnización de daños y perjuicios y la si cabe todavía más gravosa condena al déficit concursal, como mínimo debe ser considerada como una responsabilidad «pseudo-sancionadora», como se indica en la ya referida la Sentencia núm. 516/2019, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR\2020\35115) (ECLI: ES:APM:2019:15209), lo que a los efectos de lo dispuesto en el art. 4 CC, debería ser suficiente para vetar interpretaciones extensivas como que se deriva de la aplicación de la previsión societaria contenida en el art. 236.5 TRLSC al ámbito de la responsabilidad concursal. Lo contrario, a nuestro humilde entender, podría suponer en última instancia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. A este respecto, con la análoga dicción que se contenía en el antiguo art. 172 LC, determinaba la Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Lourdes Arranz Freijo) (JUR\2017\136991) (ECLI: ES:APBI:2017:561) que: «no hay que olvidar que el art. 172 es una norma sancionadora que impone a los afectados por ella una sanción civil, la inhabilitación para administrar, la pérdida de sus derechos económicos en el concurso y una eventual responsabilidad civil por deuda ajena, por lo que se debe excluir toda interpretación expansiva.»

de Commerce mediante la *Loi 2005-845*¹⁵¹, al objeto de equiparar los sujetos responsables en uno y otro ámbito, nuestro legislador no modificó la delimitación subjetiva de los posibles sujetos susceptibles de ser afectados en la sentencia de calificación pese a las reiteradas reformas llevadas a cabo en nuestro Derecho de insolvencias, resultando especialmente relevante a estos efectos la llevada a cabo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en la que sí se han modificado sustancialmente otros aspectos de gran relevancia en la sección de calificación.

Ello máxime cuando, además, la figura de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica no es ajena a la norma concursal por cuanto sí que es acogida en el art. 132 TRLC¹⁵² al prever la legitimación de la administración concursal para el eventual ejercicio de las acciones de responsabilidad de la concursada frente a sus administradores o liquidadores.

- Argumentos a los que, *ad extra*, deben sumarse los ya referidos relativos a la importancia del criterio de interpretación sistemático del art. 3.1 CC donde resulta vital la diferente normativa en la que unas y otras previsiones se regulan, el diferente ámbito de responsabilidades que, como ya ha sido analizado, se regula en el TRLSC en el plano societario y, en el TRLC en el concursal, el hecho de que el TRLC es una ley especial que, entendemos, debe prevalecer en el enjuiciamiento de la responsabilidad concursal y la inexistencia de designación del TRLSC como norma de aplicación subsidiaria el TRLC a diferencia de lo que sí sucede respecto de la LEC *ex* art. 521 TRLC.

151. *Vid.*, en tal sentido, lo dispuesto por la Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545): «Cabe concluir por tanto que el legislador español decidió en la reforma de Ley 31/2014 acoger la llamada solución francesa únicamente en lo que afecta al ámbito propio del derecho de sociedades pero no así a la situación concursal, lo que veda la posibilidad de extender el círculo de las personas afectadas por la calificación a la persona física representante de la persona jurídica. Como argumento a fortiori cabe añadir que en el ordenamiento francés se procedió a reformar el Code de Commerce (mediante la Loi 2005— 845) precisamente para equiparar la posición de uno y otro frente a los acreedores también en el ámbito de la insolvencia, disponiendo que la responsabilidad por insuficiencia de activo recaerá sobre los administradores de la persona jurídica en concurso, y también sobre la persona jurídica representante permanente de los administradores personas morales, previsión que sin embargo no ha sido seguida por el legislador español en ninguna de las sucesivas reformas habidas en nuestro ordenamiento concursal».

152. Preceptúa así el art. 132.1 TRLC que: «Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados».

Pues bien, siendo éstos los principales argumentos jurídicos que sustentan la eventual prevalencia de la tesis restrictiva, resta por indicar quiénes son sus defensores, pudiendo destacarse así: (a) en el plano forense, destacan, entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª)¹⁵³, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª)¹⁵⁴ y, por su parte, también la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª)¹⁵⁵ y, (b) en el plano doctrinal, significamos las autorizadas voces de SALA SANJUAN, A.B. (2023)¹⁵⁶,

153. *Vid.*, entre otras: Sentencia núm. 182/2015, de 26 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2015\205758) (ECLI: ES:APM:2015:10855), Sentencia núm. 99/2017, de 1 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR\2017\119602) (ECLI: ES:APM:2017:4227), Sentencia núm. 516/20219, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés) (JUR\2020\35115) ECLI: ES:APM:2019:15209), Sentencia núm. 44/2020, de 4 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Vicente Bobadilla) (JUR\2020\290014) (ECLI: ES:APM:2020:8561), Sentencia núm. 427/2022, de 6 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Vázquez Pizarro) (JUR\2022\285785) (ECLI: ES:APM:2022:8009) y Sentencia núm. 808/2022, de 24 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo) (JUR\2023\16882) (ECLI: ES:APM:2022:17580).

154. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545).

155. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Lourdes Arranz Freijo) (JUR\2017\136991) (ECLI: ES:APBI:2017:561).

156. SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *cit.* pp. 141-202, en el que la autora concluye, a nuestro juicio acertadamente que, *«Para considerarlo como sujeto pasivo en el ámbito de la calificación concursal, haría falta, como apunté antes, una mención expresa del texto refundido de la Ley Concursal que, actualmente, no existe. Sin expresa mención en el texto refundido de la Ley Concursal sería necesario, en mi opinión, probar su contribución efectiva a la producción o aumento del déficit concursal a través de actos autónomos de verdadera administración, lo que equivaldría a considerarlo como administrador de hecho, lo que nos devuelve a la anterior reflexión. Por anómala que se nos antoje esta conclusión a la luz del artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital, que los somete a los mismos deberes y responsabilidades que a los administradores, el estado actual de esta cuestión no nos permite establecer, como decía, una correlación absoluta que no descanse —y esto sería un error— en argumentos claramente dogmáticos. En consecuencia, mientras no se operen cambios sobre esta materia en nuestro Derecho vigente, la declaración de «persona afectada por la calificación culpable» deberá proyectarse sobre la persona jurídica-administradora, y no sobre el representante-persona física de esta; a menos que su afección a la culpabilidad concursal derive de su condición, adecuadamente motivada, como administrador de hecho, cosa bien distinta»*.

GARCÍA-CRUCES, J.A. (2017)¹⁵⁷, MUÑOZ PAREDES, A. (2015)¹⁵⁸ y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. (2015)¹⁵⁹ a las que, por nuestra parte, nos unimos como hemos tenido ya ocasión de defender en trabajos anteriores¹⁶⁰ y aquí venimos a ratificar.

(ii) Tesis extensiva, también conocida como integradora

Totalmente enfrentada a la anterior se presenta la tesis extensiva o integradora, que aboga por extender a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica la responsabilidad concursal integrando en este ámbito la equiparación societaria que, *ex art.* 236.5 TRLSC, se lleva a cabo respecto de los deberes [*societarios*] establecidos para los administradores, haciéndola responder solidariamente en las acciones de responsabilidad societaria —al menos incontrovertidamente en lo que respecta a la acción social regulada en los arts. 238 y ss. TRLSC y la acción individual que se preceptúa en el art. 241 TRLSC—; tesis que se apoya, esencialmente, en los siguientes argumentos:

- El criterio que califican como «argumento sistemático», ya que, considerando que, en última instancia, tanto la responsabilidad concursal como la societaria descansan en un tronco común, resultaría obligada la coordinación de ambos regímenes superándose la omisión del art. 455.2.1 TRLC (antiguo art. 172.1 LC) acudiendo a la previsión del art. 236.5 TRLSC.
- El argumento teleológico, que se sustenta en la búsqueda de la satisfacción efectiva de los perjudicados en sede concursal evitándose que, acudiendo a la figura de la persona jurídica administradora, se pueda

157. Destaca —entendemos que también acertadamente— GARCÍA-CRUCES, J.A., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores sociales», en AA.VV. *Culpa y responsabilidad* (Coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9152-671-1, 2017, pp. 395-422, pp. 414 y 415, que: «no podrá extenderse —sin más— a la previsión del apartado 5 del artículo 236 LSC en los supuestos en que se enjuicie en la sección de calificación la conducta seguida por la persona natural representante del administrador persona jurídica. El mero hecho de ostentar tal condición, y al margen de las previsiones societarias, no permite la inclusión de esta persona en el círculo de las denominadas personas afectadas por la calificación, pues la literalidad de las reglas concursales así lo impone».

158. MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores: la responsabilidad concursal*, Vol. II, ISBN:978-84-9059-230-4, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

159. HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 49-106.

160. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal*, cit., pp. 313-330.

eludir la responsabilidad efectiva de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica.

- La ausencia de «motivos de fondo», si se nos permite la expresión, que justifiquen la exclusión en el ámbito de la responsabilidad de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica cuando ésta no solo está sometida a los mismos deberes que la persona jurídica administradora que la designó, sino que, además, será ciertamente habitual que sea ella quien tenga el verdadero poder volitivo de la sociedad que finalmente se ve abocada a la situación concursal.

Pues bien, como defensores de estos argumentos jurídicos y, por ende, de la tesis extensiva, encontramos, entre otros: (a) en el plano forense, a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª)¹⁶¹, a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)¹⁶², a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª)

161. *Vid.*, entre otras, las ya referidas Sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa, núm.: 306/2023, de 9 de marzo, (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916), 332/2023, de 23 de marzo (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303), 465/2023, de 20 de abril (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165), 477/2023, de 27 de abril (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161), 526/2023, de 4 de mayo (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253), 626/2023, de 11 de mayo (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688), 665/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808), 666/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807), 680/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723), 681/2023, de 7 de junio (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727), y 688/2023, de 7 de junio (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810). Este criterio en todo caso se recogía ya en su previa Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995) que, si bien fue objeto de recursos ante el Tribunal Supremo, éstos fueron finalmente inadmitidos —*vid.* Auto de 8 de noviembre de 2023, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR\2023\411324) (ECLI:ES:TS:2023:14981A)—.

162. Al menos en su Sentencia núm. 83/2016, de 19 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2016\144157) (ECLI: ES:APB:2016:3797): «CUARTO. Sobre la responsabilidad de la persona física designada por el administrador persona jurídica. La reforma del art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introdujo el apartado 5 con el siguiente contenido: «La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador». Hasta la entrada en vigor de esa norma no resultaba posible en nuestro derecho atribuir a la persona física designada por el administrador persona jurídica la responsabilidad por hechos de los que es responsable el administrador persona jurídica. Esa circunstancia no es distinta en el ámbito del proceso concursal porque la responsabilidad concursal del administrador societario, y entre ella la establecida en el art. 172-bis, no es sustancialmente distinta a la establecida en la LSC. Esto es, en lo no previsto de forma especial para ella son de aplicación los mismos principios establecidos en la LSC, en cuanto sean compatibles con sus particulares características. En suma, la responsabilidad concursal del administrador societario no constituye un compartimento estanco al que no le resulten de aplicación las reglas generales de responsabilidad de los

¹⁶³, a la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) ¹⁶⁴, a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) ¹⁶⁵, a la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) ¹⁶⁶, al Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona ¹⁶⁷ y al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra ¹⁶⁸ y, (b) en el plano doctri-

administradores sociales». No obstante, también la encontramos inicialmente como defensora de la tesis contraria, esto es, de la tesis restrictiva, en la más antigua Sentencia núm. 253/2015, de 3 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano) (JUR\2016\429) (ECLI:ES:APB:2015:10520), en la que se determinaba lo siguiente: *«Hemos sostenido de forma reiterada (sentencias de 26 de marzo de 2014 —ROJ 696/2014— y 16 de noviembre de 2011 —ROJ 13140/2011—), que cuando la sociedad tiene por administrador a una persona jurídica, la responsabilidad recae directamente en el administrador y no en la persona física designada como representante, salvo que se le atribuya a éste la condición de administrador de hecho. Lógicamente, no resulta de aplicación al caso el nuevo artículo 236.5º de la Ley de Sociedades de Capital que declara la responsabilidad solidaria del representante persona física con la persona jurídica que le nombró»*.

163. *Vid.*, entre otras, la más reciente Sentencia núm. 107/2025, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique San Juan Muñoz) (JUR\2025\78899) (ECLI: ES:APMA:2025:322).

164. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 311/2017, de 13 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana del Ser López) (JUR\2017\252662) (ECLI:ES:APLE:2017:919): *«No es momento ahora de recordar con detalle los deberes que la Ley impone a los administradores en el ejercicio de su cargo, pero desde la entrada en vigor de Ley 31/2014, de 3 de diciembre (veinte días de su publicación) estos deberes se imponen igualmente a la persona física designada por la persona jurídica para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de aquella. Con la introducción de este régimen de responsabilidad solidaria se va a exigir a las personas físicas que ocupan puestos en los órganos de administración de las sociedades de capital en representación de las personas jurídicas miembros de estos órganos, una mayor profesionalidad, vigilancia y atención que la que se les podría reclamar cuando era difícil extender a ellos la responsabilidad exigida a los administradores de la compañía. Esta regulación clarifica la solución que debe adoptarse en estos supuestos de administración de la sociedad por una persona jurídica y responsabilidad concursal. En este caso la actuación cuestionada por la calificación culpable del concurso se produce ya vigente la nueva regulación y la condena solidaria es la solución legal»*.

165. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 294/2018, de 27 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) (JUR\2018\307622) (ECLI:APC:2018\1979).

166. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 598/2017, de 12 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique San Juan Muñoz) (JUR\2018\264377) (ECLI:ES:APAL:2017\1320); Sentencia que, pese haber sido objeto de recursos ante nuestro más Alto Tribunal, finalmente éstos fueron inadmitidos por el Auto de 20 de enero de 2021, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) (JUR\2021\30065) (ECLI:ES:TS:2021:185A).

167. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 1/2023, de 2 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Montserrat Morera Ransanz) (JUR\2023\56818) (ECLI: ES:JMB:2023:41).

168. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 76/2024, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosario Rodríguez López) (JUR\2024\536732) (ECLI:ES:JMPO:2024:302).

Análogos pronunciamientos podrá encontrar el lector en: (i) la Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838), (ii) la Sentencia núm.

nal, destacan los trabajos de SANCHO GARGALLO, I. (2021)¹⁶⁹, FUENTES DEVE-SA, R. (2021)¹⁷⁰, BRENES CORTÉS, J. (2017)¹⁷¹, GARNICA MARTÍN, F. (2015)¹⁷² y también, aun cuando con matices en su argumentación, ALONSO UREBA, A. (2021)¹⁷³.

166/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Covadonga Sola Ruiz) (JUR\2013\201927) (ECLI: ES:APIB:2013:1071), confirmada por la Sentencia núm. 343/2015, de 5 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol) (RJ\2015\2508) (ECLI: ES:TS:2015:2970), (iii) la Sentencia núm. 175/2007, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2008\95242), confirmada por el Auto de 6 de abril de 2010 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) (JUR\2010\131488) (ECLI: ES:TS:2010:4055A), (iv) la Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (AC\2008\834), (v) la Sentencia núm. 194/2008, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (JUR\2008\290874), confirmada por el Auto de 10 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) (JUR\2009\482226) (ECLI: ES:TS:2009:15365A), (vi) la Sentencia núm. 17/2009, de 30 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García) (AC\2009\294), (vii) en la Sentencia núm. 319/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Balles-teros Palazón) (JUR\2016\37598) (ECLI: ES:JMMU:2015:3967), (viii) así como en la Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández) (JUR\2011\186143) (ECLI: ES:APM:2011:3840), entre otras.

169. Pudiendo citarse aquí, entre otros, SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», en *AA.VV. Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, (Arts. 315 a 752), 2021 pp. 516-535, pp. 524-526, destacando el autor que, en su opinión, en la responsabilidad «*resulta de aplicación la misma regla que el apartado 5 del art. 236 prevé para la acción de responsabilidad*» y SANCHO GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», *cit.*, p. 630. Nótese a este respecto que el pasado 24 de marzo de 2025 el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo tomó posesión como Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, tras haber acordado su nombramiento por unanimidad el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 26 de febrero del citado año, siendo este Magistrado uno de los más firmes defensores de la tesis extensiva o integradora.

170. FUENTES DEVE-SA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», *cit.*, pp. 5054-5055, defiende igualmente la aplicación extensiva defiende la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLC tanto en la sección de calificación como también respecto de la responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC.

171. BRENES CORTÉS, J., «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *cit.*, p. 20.

172. GARNICA MARTÍN, F., «Deberes de los administradores y responsabilidad societaria», en *AA. VV. Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo (Dir. por VÁZQUEZ ALBERT, D. y CALAVIA MOLINERO, J.M. y Coord. por MORALES BARCELÓ, J. y PÉREZ CARBÓ, P.P.)*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-9099-475-7, 2015, RJC. Revista Jurídica de Cataluña, pp. 203-206.

173. Pese a que rechaza la técnica jurídica de la aplicación extensiva del art. 236.5 TRLSC al plano concursal por considerar que sí estamos ante una norma sancionadora, defiende en autor que en todo caso ello no impide que se produzca la extensión de la responsabilidad a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador perso-

Por nuestra parte, como ha sido ya apuntado *ut supra*, consideramos que, con el marco legislativo actual, la tesis que finalmente debería prevalecer aun cuando somos conscientes de que ello no estaría exento de críticas, sería la tesis excluyente —también conocida como restrictiva o disociativa—, si bien parece que en las últimas resoluciones judiciales que se están dictando se advierte una suerte de criterio mayoritario por parte de nuestros juzgados y tribunales menores a favor de la tesis extensiva, estando en todo caso a la espera de que nuestro más Alto Tribunal se pronuncie al respecto lo que, entendemos, pronto sucederá dado que, en fecha 14 de febrero de 2024¹⁷⁴, fue admitido al menos uno de los diversos recursos interpuestos frente a sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales sobre esta materia.

En todo caso, si la opción que verdaderamente quiere el legislador español es la de incluir a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica como sujeto que pueda verse afectado por la calificación de culpabilidad, admitiéndose así la conocida como responsabilidad en cascada en el ámbito concursal, entendemos que lo procedente es llevar a cabo una reforma [más] del TRLC ya que, por los motivos que han sido expuestos, entendemos que resulta cuanto menos cuestionable una aplicación automática e integradora del art. 236.5 TRLSC como vía para sustentar una condena de esta persona física designada en la sentencia de calificación lo que, insistimos, se muestra a nuestra humilde opinión susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

na jurídica no a través de la aplicación directa del referido art. 236.5 TRLC en la sección de calificación, sino como una consecuencia de la posición jurídica en la que se queda de manera indirecta por la norma societaria. *Vid.*, en tal sentido, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLConc», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, N.º. 34, 2021, pp. 21-58, pp. 13-16, en la que destaca que: «la persona física representante no está obligada a seguir las indicaciones o instrucciones de quien le designó como tal si considera que ello implicaría contravenir su deber de diligencia o lealtad conforme a los artículos 225 y ss. LSC, debiéndolo poner en conocimiento de la persona jurídica administrador; a su vez, ésta tiene un deber in eligendo e in vigilando, pudiendo sustituirle si no sigue sus indicaciones o si, en su opinión, actúa contraviniendo los deberes de diligencia y/o lealtad. Y de ahí la consecuencia de la solidaridad del art. 236.5 LSC, siendo ello plenamente trasladable al ámbito de la responsabilidad concursal ex artículo 456 TRLConc. No se trata de extender la aplicación del art. 236.5 LSC a lo concursal mediante una interpretación/ampliación extensiva de dicho artículo, lo que efectivamente no cabría en temas de responsabilidad, sino de una consecuencia de la posición jurídica de la persona física representante en cuanto sujeta a los mismos deberes que la persona jurídica administrador, y de las relaciones entre ambos (responsabilidad por culpa in eligendo e in vigilando), sin que deba acudir-se por tanto a la calificación como administrador de hecho de la persona física representante para poder hacerla responder concursalmente».

174. Auto de 14 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. D. Francisco Martín Castán) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A), por el que se acuerda admitir a trámite los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 979/2021, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en el rollo de apelación núm. 1614/2020, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 600/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante.

3. LA PROTECCIÓN DERIVADA DEL *BUSINESS JUDGMENT RULE*

3.1. Positivizada protección del administrador en el ámbito societario tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo

A la hora de enjuiciar el comportamiento de los administradores sociales no debe perderse de vista el hecho de que, al menos en el plano societario, su comportamiento puede estar ciertamente blindado si cumple con los parámetros necesarios para gozar de la protección de la discrecionalidad empresarial conocida como «*business judgment rule*»; protección que, si bien contaba ya tanto en la doctrina¹⁷⁵ como en el ámbito forense¹⁷⁶ con un tradicional reconocimiento,

175. En GÓMEZ ASENSIO, C. «El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN: 1134-7686, N° 45, 2015, pp. 321-358, el lector podrá encontrar un riguroso análisis de esta figura.

176. Así pues, aun cuando esta positivización no tuvo lugar hasta la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, esta protección ya venía siendo en todo caso acogida por nuestra doctrina jurisprudencial y ello no solo en el estricto ámbito de los procedimientos de exigencia de responsabilidad al administrador social como así se prevé ahora expresamente —*vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma (Provincia de las Islas Baleares) (JUR\2023\70998) (ECLI:ES:JMB:2021:15811), la Sentencia de 16 de julio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\130198) (ECLI:ES:JMM:2021:14772), la Sentencia núm. 74/2021, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2021\203669) (ECLI:ES:JMB:2021:1510), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\152644), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\167960) (ECLI:ES:JMM:2020:1081), la Sentencia de 15 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\166709), la Sentencia núm. 283/2019, de 21 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\47048) (ECLI:ES:JMB:2019:10497), la Sentencia núm. 202/2019, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR\2020\61322) (ECLI:ES:JMPO:2019:3659), la Sentencia núm. 254/2018, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\20157), la Sentencia núm. 240/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\394195) (ECLI:ES:JMB:2018:7155), la Sentencia núm. 222/2018, de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\393920), la Sentencia núm. 119/2018, de 8 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\378617) (ECLI:ES:JMB:2018:5335) y la Sentencia núm. 88/2017, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR\2018\176716) (ECLI:ES:JMO:2017:2424)—, sino también incluso en el ámbito de las impugnaciones de acuerdos sociales. De esta forma nos encontramos con que, esta suerte de «*business judgment rule* jurisprudencial pre-positivización» descansaba en la discrecionalidad empresarial que regía y rige el ámbito societario, defendiéndose tradicionalmente por nuestros jueces y tribunales que ésta en modo alguno podía ser sustituida por decisiones judiciales, siendo un buen ejemplo de ello lo dispuesto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) su Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) en un supuesto de impugnación de acuerdo social, en la que se destaca que es a los empresarios a quienes les corresponde la

tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha sido positivizada en el art. 226 TRLSC¹⁷⁷.

Así pues, aun cuando esta positivización no tuvo lugar hasta la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, esta protección ya venía siendo en todo caso acogida por nuestra doctrina jurisprudencial y ello no solo en el estricto ámbito de los procedimientos de exigencia de responsabilidad al administrador social, como así se prevé ahora expresamente¹⁷⁸, sino también en relación con las impugnaciones de acuerdos societarios¹⁷⁹ —ámbito en el que, en todo caso, se mantiene esta protección—.

adopción de las decisiones empresariales, sean acertadas o no, debiendo evitarse la interferencia en la voluntad social.

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

178. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma (Provincia de las Islas Baleares) (JUR\2023\70998) (ECLI:ES:JMIB:2021:15811), la Sentencia de 16 de julio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\130198) (ECLI:ES:JMM:2021:14772), la Sentencia núm. 74/2021, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2021\203669) (ECLI:ES:JMB:2021:1510), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\152644), la Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\167960) (ECLI:ES:JMM:2020:1081), la Sentencia de 15 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\166709), la Sentencia núm. 283/2019, de 21 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\47048) (ECLI:ES:JMB:2019:10497), la Sentencia núm. 202/2019, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR\2020\61322) (ECLI:ES:JMPO:2019:3659), la Sentencia núm. 254/2018, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\20157), la Sentencia núm. 240/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\394195) (ECLI:ES:JMB:2018:7155), la Sentencia núm. 222/2018, de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\393920), la Sentencia núm. 119/2018, de 8 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\378617) (ECLI:ES:JMB:2018:5335) y la Sentencia núm. 88/2017, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR\2018\176716) (ECLI:ES:JMO:2017:2424).

179. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 77/2023, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\344956) (ECLI:ES:JMB:2023:1965), la Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\89432), la Sentencia núm. 2540/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2021\1452) (ECLI:ES:APB:2020:12093), la Sentencia núm. 272/2019, de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (JUR\2019\299855) (ECLI:ES:JMB:2019:1148), la Sentencia núm. 195/2017, de 27 febrero Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente Ilma. Sra. Nuria Auxiliadora Orellana Cano) (JUR 2017\271430) (ECLI:ES:APMA:2017:1667) y la Sentencia núm. 2541/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Fernández Seijo) (JUR\2021\21966) (ECLI:ES:APB:2020:12096).

De hecho, contamos con el reconocimiento de la *business judgment rule* por parte de nuestro más Alto Tribunal tanto con carácter previo a su positivización —*v.gr.* Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁸⁰, en el que se destaca que es en el ámbito empresarial en que deben adoptarse las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que sea posible la interferencia judicial—, como también en el escenario post-positivización¹⁸¹, pudiendo citarse aquí a título de ejemplo la más reciente Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁸² en la que,

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

181. Excepción que, asimismo, como no podría ser de otra forma, ha sido también acogida por nuestros juzgados y tribunales menores tras su positivización *ex art.* 236 TRSLC, máxime cuando el legislador, con la nueva dicción dada al referido artículo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, lo que hizo fue positivizar la previa doctrina jurisprudencial que emanaba de la práctica forense. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (AC 2021\303) (ECLI:ES:APM:2020:14585): «En efecto, el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) enuncia el denominado principio de la «Business Judgment Rule» al establecer que «En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado». Aunque positivizado en nuestra legislación con posterioridad al conflicto que nos ocupa (se introdujo por Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) en el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital), este principio gozaba ya en el pasado de cierta raigambre jurisprudencial. Así, la S.T.S. de 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 4981) nos decía, con referencia a un conflicto obviamente anterior a la Ley 31/2014 y con cita de otras sentencias precedentes como la de 12 de julio de 1983 o la de 29 de marzo de 2007, que «Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983, aquel «escapa por entero al control de la Jurisdicción». También otras sentencias más antiguas, como las de 18 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1011) y 17 de abril de 1997, habían tratado ya de destacar la conveniencia de evitar la conversión del juez en órgano fiscalizador del desacierto económico. Concurriendo, pues, los cuatro elementos que enuncia el Art. 226 L.S.C. (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento adecuado), el examen judicial concerniente al deber de diligencia debería detenerse ahí pese a que pueda constatare la producción de un daño para la sociedad a consecuencia de la gestión del administrador.».

182. Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) (RJ 2023\2362) (ECLI:ES:TS:2023:1290): «Respecto al tema de la discrecionalidad empresarial, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial no tuvo reflejo positivo hasta la nueva

tras resumir la acogida jurisprudencial de la que tradicionalmente gozaba, se destaca su positivación indicando que el art. 226 TRLSC nace con la finalidad de limitar el control judicial en materia de responsabilidad por daños, lo que supone dejar al margen de él aquellas decisiones que se reputan puramente empresariales; quedando proscrito además cualquier sesgo retrospectivo en su enjuiciamiento por cuanto esta protección despliega sus efectos si la decisión se adopta dando cumplimiento a los parámetros legalmente establecidos —a los que *ut infra* pasaremos a hacer referencia— aun cuando ésta finalmente se acabe mostrando con el paso del tiempo desacertada.

Esta protección positivizada en el art. 236 TRLSC entendemos por tanto que podría desplegar sus efectos, al menos desde un punto de vista teórico, ante el pretendido enjuiciamiento de decisiones tomadas por el administrador social que puedan quedar bajo el parámetro de la *business judgment rule* en el marco de eventuales ejercicios frente a él de la acción social de responsabilidad ex arts. 238 y ss. TRLSC así como también, en su caso, de la acción individual de responsabilidad de administradores ex art. 241 TRLSC¹⁸³.

De esta forma, en cumplimiento de lo preceptuado en este art. 226.1 TRLSC, la aplicación de la *business judgment rule* impide a nuestros tribunales someter al escrutinio de la responsabilidad [*al menos societaria*] del administrador con motivo de la adopción de determinadas decisiones estratégicas y de negocio que se toman con el estándar de la diligencia de un ordenado empresario, debiendo entenderse esta diligencia cumplida cuando el administrador: (i) «haya actuado de buena fe», (ii) «sin interés personal en el asunto objeto de decisión», pues no olvidemos que el administrador debe defender siempre y en todo caso los intereses de la sociedad por encima de los suyos o de personas vinculadas, (iii) «con información suficiente», recabando así, de ser necesario, informes externos que le permitan disponer de una información que razonablemente resulte necesaria para ello y (iv) «con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado», debiendo

redacción del art. 226 LSC, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613), ya había sido tenida en cuenta por los tribunales españoles (verbigracia, sentencias de esta sala 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788); 569/2010, de 6 de octubre (RJ 2010, 7313); 991/2011, de 17 de enero de 2012; o 732/2014, de 26 de diciembre (RJ 2014, 6902)), en el sentido de evitar que, al enjuiciar la impugnación de acuerdos sociales de la junta general o la existencia de responsabilidad por negligencia de los administradores de sociedades, sus decisiones de carácter empresarial terminen por ser sustituidas por las de los jueces. En suma, en lo que ahora se enjuicia, se trata de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales. Se parte de la base de que la gestión empresarial comporta por sí misma un nivel de riesgo, que deriva de la incertidumbre, imposible de eliminar, acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por lo que no debe hacerse responsables a los administradores sociales de las consecuencias lesivas producidas cuando se han mantenido dentro de dicho ámbito de la gestión de la sociedad, aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, sin que se deba incurrir en un sesgo retrospectivo».

183. Vid. en tal sentido, entre otras, la Sentencia núm. 93/2020, de 21 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) (Ponente; Ilmo. Sr. D. María Villimar San Salvador) (JUR\2020\110790) (ECLI: ES:APBU:2020:116) y la Sentencia núm. [sic]/2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).

éste resultar conveniente para la concreta decisión empresarial y, de existir un proceso reglado¹⁸⁴, respectándolo; ello además debiendo tenerse presente que, *ex art.* 226.2 TRLSC, quedan en todo caso excluidas de este ámbito de protección aquellas decisiones que puedan afectar personalmente a otros administradores y personas vinculadas¹⁸⁵ y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el art. 230 del citado texto legal —esto es, aquellas que se ven afectadas por el régimen de imperatividad y dispensa¹⁸⁶—.

Siendo éstos los parámetros que guían la ya positivizada *business judgment rule* en el ámbito societario, consideramos oportuno significar que, en contra de lo que sucede en gran parte de esta regulación societaria, en el caso de esta previsión legal nuestro legislador no ha incorporado ninguna suerte de presunción expresa que pueda alterar las reglas de la carga de la prueba que se contienen en el art. 217 LEC, guardando además silencio en lo que respecta a quién será el que deberá probar si se cumplen o no los parámetros exigidos en el art. 236 TRLSC; silencio éste que, como suele ser habitual, ha derivado en la convivencia de posturas enfrentadas en cuanto a su interpretación tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial¹⁸⁷.

Entendemos que el legislador español ha optado por una positivización de la *business judgment rule* que en lo que al sistema de prueba se refiere que se acerca más al modelo *Delaware* o el sistema alemán de «*puerto seguro*», que al

184. Vgr. un programa de *compliance*.

185. No resulta aquí necesaria la exclusión de aquellas que puedan afectar directamente al propio administrador por cuánto éstas en todo caso le estaría totalmente vedadas en cuanto a su eventual adopción.

186. Exclusiones vitales para tratar de garantizar el adecuado funcionamiento de las sociedades, siendo éstas además un ámbito claramente conectado con el deber de lealtad y la obligación del administrador de anteponer el interés de la sociedad a cualquier otro, tal y como así ha sido puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones por nuestros juzgados y tribunales —vgr. Sentencia núm. 42/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (JUR\2023\390261) (ECLI:ES:JMM:2023:3600): «La doctrina más autorizada se ha mostrado muy clara en relación a la exclusión del ámbito de protección de la discrecionalidad empresarial en relación a la autorización de operaciones del artículo 230 del TRLSC. Así, JAVIER JUSTE MENCÍA, [[3] 3) _ Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Directores: JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES e IGNACIO SANCHO GARGALLO. Tomo III. Comentario al artículo 231 bis. Páginas 3.109. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.] indica lo siguiente en relación al precepto: «En sentido negativo, la ley excluye expresamente del ámbito de la discrecionalidad «las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230». La ley no deja espacio para ampararse en la regla, si el objeto de la decisión es dispensar de un conflicto de intereses a otro administrador. La ley 31/2014 ha regulado con normas nuevas y más rigurosas el deber de lealtad de los administradores, que les impone actuar en el mejor interés de la sociedad, y prohíbe anteponer sus intereses personales a los propios de la sociedad (artículo 227 y ss. LSC). Entre las obligaciones derivadas del deber de lealtad está la de evitar las situaciones de conflicto de intereses (artículos 228 y 229) y, en su caso, obtener la dispensa para la actuación»—.

187. *Vid.*, en tal sentido, JUSTE MENCÍA, J., «Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en AA. VV. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.)*, Tirant lo Blanch, ISBN 9788413979526, 2021, pp. 3105-3116.

estadounidense por cuanto en este último, a diferencia de lo que parece desprenderse del modelo español, hace recaer sobre la parte actora la inicial carga de la prueba del incumplimiento de este deber de diligente adopción de la decisión a modo de destrucción de una suerte de presunción de la adopción diligente de la decisión y, con posterioridad, entonces sí entrará en juego la prueba desplegada por el administrador demandando para acreditar que sí se cumplen los parámetros exigidos para que la protección de la discrecionalidad empresarial despliegue sus efectos¹⁸⁸.

Ahora bien, aun cuando no existe presunción en su configuración legal, ante la inexorable aplicación en su defecto de las reglas de la carga de la prueba que se contienen en el art. 217 LEC no podemos olvidar que, si atendemos al necesario respeto del principio de facilidad probatoria consagrado en su apartado séptimo, podría quedar «suavizada», si se nos permite la expresión, la actividad probatoria exigida a la parte actora.

Así pues, la inexistencia de una presunción específica en su regulación, unido a las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, entendemos que, por el principio de facilidad probatoria consagrado en su séptimo apartado¹⁸⁹, siendo evidente la dificultad a la que se enfrentaría el demandante para poder acreditar elementos de la esfera interna de la empresa que afectan al eventual incumplimiento de los parámetros exigidos en el art. 226 TRLSC tales como, entre otros, la eventual existencia interna de protocolos a seguir en la toma de decisiones o la previa solicitud de opinión a un experto, nuestros juzgados y tribunales: (i) por un lado, limitan la exigencia de la carga de la prueba de la parte actora a la acreditación de la existencia de indicios que, razonablemente, puedan evidenciar el eventual incumplimiento de los ya *ut supra* referidos parámetros que, inexorable y cumulativamente deben concurrir para que la *business judgment rule* proteja la decisión adoptada por el administrador y, (ii) por otro, de cumplir la actora con ello, consideran que será el administrador quien deberá acreditar su fiel cumplimiento para poder enervar las eventuales responsabilidades que le sean exigidas.

3.2. La controvertida aplicación de la *business judgment rule* en la sección de calificación

Encontrándonos nuevamente ante una previsión relativa a la responsabilidad del administrador dictada en sede societaria, si bien en esta ocasión ofreciendo

188. Sobre este punto se recomienda la lectura de ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Una nota sobre la *business judgment rule*», *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017, disponible a fecha 9 de mayo de 2025 en «<https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2017/01/una-nota-sobre-la-business-judgment-rule.html>», pp. 1-2 de la edición digital.

189. Determina al efecto el art. 217.7 LEC que «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

el art. 226 TRLSC una suerte de protección al administrador consagrando la importancia del necesario respeto a la discrecionalidad empresarial, se plantea la posibilidad de que ésta pueda desplegar efectos en la sección de calificación.

No olvidemos, como así han tenido ocasión de significar nuestros juzgados y tribunales, que la obligación del administrador social para con la sociedad que administra es de medios y no de resultado, debiendo éste actuar de conformidad con la ley, los estatutos y los deberes inherentes a su cargo, buscando siempre y en todo caso el interés social, sin que el mero hecho de que finalmente de la decisión adoptada se deriven resultados negativos para la sociedad pueda afectar a la corrección de su actuación¹⁹⁰.

Nos enfrentamos así a lo que podría considerarse un «nuevo silencio del legislador» en la normativa concursal; silencio ante el que, como nítidamente expone el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en su Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre¹⁹¹, nos encontramos frente a dos diferentes posturas que pueden adoptarse para colmarlo: (i) la restrictiva, en virtud de la cual solo se debe atender en sede concursal a la normativa específica de nuestro Derecho de insolvencias y, (ii) la segunda o extensiva, que abogaría por entender de aplicación en la sección de calificación la protección de la discrecionalidad empresarial recogida actualmente art. 226.1 TRLSC por cuanto esta norma [*societaria*] se sustenta en la esencial protección de la discrecionalidad del empresario en la toma de decisiones estratégicas, lo que impide al juzgador revisar las decisiones que fueron libremente tomadas por el administrador en este ámbito si se adoptaron con la debida diligencia, al entender que ello se acompañaría mal con la imposibilidad aplicar esta protección ante eventuales reproches que pudiese sufrir el administrador en sección de calificación concursal.

Pues bien, para poder dar una respuesta ajustada a Derecho a este nuevo interrogante, lo primero que debe advertirse es que, en este caso, el marco legislativo presenta importantes diferencias respecto del supuesto *ut supra* analizado con motivo de la pretendida extensión del art. 236.5 TRLSC, y ello por cuanto, principalmente: (i) el art. 226 TRLSC, lejos de ser una norma represiva de ilícitos civiles lo que hace es ofrecer una excepción al régimen de responsabilidad del administrador —no existiendo así obstáculo alguno para realizar una interpretación extensiva del mismo al no entrar en juego el art. 4 CC— y (ii), aun cuando la protección a la discrecionalidad empresarial se positivizó en el citado art. 226 TRLSC con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre,

190. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 937/2022, de 15 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR\2023\44348) (ECLI:ES:APV:2022:3771), así como también la Sentencia núm. 46/2018, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2018\96893) (ECLI:ES:APMU:2018:294).

191. Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2022\390605) (ECLI:ES:JMB:2018:7093).

no debemos olvidar que ésta ya contaba con un previo y pacífico reconocimiento jurisprudencial¹⁹².

Esta discrecionalidad empresarial que, efectivamente, encuentra respaldo tras haber sido positivizada en la normativa societaria tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como hemos visto, gozaba y goza del previo y posterior respaldo en la doctrina jurisprudencial, siendo una vital excepción al régimen de responsabilidad en la medida en que es el contrapunto a la responsabilidad societaria derivado del más elemental deber de diligencia que vertebraba en nuestro Ordenamiento Jurídico la actuación del administrador social, siendo numerosas las voces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que abogan por extender esta procesión del administrador a la sección de calificación.

En el ámbito de la doctrina, la *business judgment rule* ha sido una materia especialmente tratada por las voces más autorizadas con la firme defensa de crear un verdadero espacio de inmunidad para el administrador aislando una franja de actividad respecto de las decisiones empresariales que afectan a la organización y las decisiones empresariales que han sido tomadas con la diligencia debida, pudiendo aquí destacarse, entre otros, los rigurosos estudios llevados a cabo tanto con carácter previo a esta reforma, donde destacamos especialmente el llevado a cabo por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C. (2003)¹⁹³, como con posterioridad a ella, donde por su claridad apuntamos aquí, entre otros, LLEBOT MAJÓ, J.O. (2016)¹⁹⁴ y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015)¹⁹⁵.

En este ámbito parece existir una mayoritaria postura que avala su posible aplicación en el ámbito concursal¹⁹⁶, ello no obstante siempre teniendo en cuenta las limitaciones en su protección que se derivarían tanto del ámbito de aplica-

192. *Vid.*, entre otras, la ya referida Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ 2012\4981) (ECLI:ES:TS:2012:1686).

193. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, N° 20, 2003, pp. 67-109.

194. LLEBOT MAJÓ, J.O., «El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)», en AA.VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada* (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUINANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9099-513-6, Vol. 2, 2016 (Tomo II), pp. 317-345. Asimismo, con carácter previo a la reforma, se recomienda el trabajo de este autor en LLEBOT MAJÓ, J.O. «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Coord. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9985-071-9, 2011, pp. 27-58.

195. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en AA.VV. *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo* (Ley 31/2014) *sociedades no cotizadas* (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, ISBN 9788447051960, 2015, pp. 325-360.

196. SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», *cit.*, p. 422: «Entiendo que en el caso de sociedades mercantiles, podría operar la *business judgment rule* que, respecto de la responsabilidad de los administradores, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introdujo en el art. 226.1 LSC, para objetivar y facilitar el enjuiciamiento de la diligencia adoptada en la toma de una decisión discrecional. La adecuación de la decisión a un procedimiento de decisión adecuado y la

ción de la discrecionalidad empresarial como, *ad extra*, de las particularidades que presentan los elementos que, como hemos visto *ut supra*, deben ser objeto de enjuiciamiento a la hora de calificar al concurso como culpable o fortuito *ex art. 442 TRLC*; y todo ello además sin perder de vista la entrada en juego del «interés del concurso» como criterio que debe guiar la actuación del administrador ante la situación de insolvencia de la compañía¹⁹⁷.

En línea con ello, por su parte, muestra de las «voces jurisprudenciales» que abogan por esta tesis extensiva la encontramos, entre otras, en la Sentencia núm. 937/2022, de 15 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª)¹⁹⁸, en la que se afirma que la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial resulta plenamente aplicable en sede de calificación concur-

constancia de la información suficiente recabada pueden ser muy relevantes para el enjuiciamiento de la conducta».

197. Se recomienda la lectura respecto de este particular extremo de GÓMEZ ASENSIO, C., «El alcance efectivo de la *business judgement rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *cit.*, pp. 321-358, así como de RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-9099-770-3, 2016.

198. Sentencia núm. 937/2022, de 15 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR\2023\44348) (ECLI:ES:APV:2022:3771). *Vid.* en el mismo sentido, entre otras, la Sentencia núm. 46/2018, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fuentes Devesa) (JUR\2018\96893) (ECLI:ES:APMU:2018:294), la Sentencia núm. 435/2024, de 21 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso) (JUR\2024\403666) (ECLI:ES:APZ:2024:1382), la Sentencia núm. 75/2023, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Abril Manso) (JUR\2023\394517), así como la Sentencia de 16 febrero 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Picazo Menéndez) (JUR 2021\81187) (ECLI:ES:JMM:2021:248), en la que se contiene el siguiente razonamiento jurídico llevado a cabo por el Tribunal para justificar la posibilidad de extender sus efectos al ámbito concursal: «Con estas imputaciones, se esperaba por parte de la defensa de los afectados, una argumentación dirigida a sostener la viabilidad, en ese momento, de la operación. Una especie de *business judgment rule* del artículo 226 LSC (RCL 2010, 1792, 2400) aplicada al ámbito de la responsabilidad concursal: una protección a los administradores de TECRIS CONSULTORS, S.L. de las responsabilidades que podrían derivarse contra ellos por el mal resultado obtenido con una decisión que bayan tomado en el ejercicio de su función de gestión y representación de la empresa, como es la compra del capital de las dos sociedades, función que está sometida a los deberes de diligencia y lealtad. Efectivamente, con carácter general, y dentro del ámbito societario, con esta regla que permite la exclusión de la responsabilidad de los administradores sociales por el resultado lesivo sobrevenido de sus decisiones sin más, evitando que adopten posturas excesivamente conservadoras, pues el rechazo al riesgo en la toma de decisiones empresariales puede ser contraproducente para la sociedad; y también se pretende evitar que los tribunales puedan verse influenciados por el conocimiento del resultado a la hora de revisar la toma de decisión empresarial, pues si todo acto de gestión, por el mero hecho de revelarse, de forma sobrevenida, perjudicial para los intereses sociales queda sometido a la censura judicial, los administradores terminarán por abstenerse de emprender operaciones con el riesgo propio de empresa. Ello, entendemos, sería extrapolable al ámbito de calificación concursal, aplicando dicha doctrina a la hora de valorar si concurre o no dolo o culpa grave en una toma de decisión concreta, en este caso, el otorgamiento de la escritura de contrato compraventa del 96% y 96,02% del capital social de Laboratorios Pérez Giménez, S.A. y Cuvefarma, S.L. (en liquidación) de fecha 28 de julio de 2010 por parte de TECRIS CONSULTORS, S.L.».

sal en aquellos supuestos en los que, para pretender la calificación de culpabilidad en el concurso, los instantes acuden a la regla general del art. 442 TRLC, considerando así que en el ámbito de la responsabilidad concursal el administrador también queda protegido en sus decisiones estratégicas y de negocio, siempre supeditada esta protección al ámbito de su discrecionalidad, cuando su decisión haya sido adoptada de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con un procedimiento de decisión adecuado, ello además destacando la necesidad de enjuiciar lo acontecido con un proscrito sesgo retrospectivo por cuanto el análisis de dicha actuación ha de hacerse colocándonos en el momento anterior a la toma de la decisión y valorando las circunstancias existentes entonces.

Este mismo criterio aparece ya recogido incluso con carácter previo a su positivización societaria en casos de reapertura de la sección de calificación concursal abrazándose la oportunidad de enjuiciar en la vía concursal la actuación del administrador bajo el prisma de la pre-positivizada *business judgment rule*¹⁹⁹.

Esta protección de la *business judgment rule* en el plano concursal aparece así recogida tanto en aquellas resoluciones judiciales dictadas en secciones de calificación en las que las decisiones enjuiciadas tuvieron lugar con carácter previo a la reforma del art. 226 TRLSC operada Ley 31/2014, de 3 de diciembre²⁰⁰,

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

200. Resultan ilustrativas las referencias que se realizan al respecto en la Sentencia de 13 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia (JUR\2022\137848) (ECLI:ES:JMV:1298): «Esa conclusión se refuerza, precisamente, por reconocer la plena aplicabilidad y vigencia para la solución del caso de la regla sobre protección de la discrecionalidad empresarial que regula el artículo 226.1 LSC, también aplicable en los albores de la situación de insolvencia y con eficacia en el concurso posterior. La redacción original del precepto, que era la vigente al tiempo de acaecimiento de los hechos que fundan el reproche de calificación en 2011, ya incluía potencialmente la necesidad de practicar un juicio favorable a la protección de la discrecionalidad empresarial antes de reprochar la infracción del deber de diligencia de un administrador societario, aunque pueda parecer lo contrario. En efecto, en su formulación germinal, ese precepto ya expresaba una regla de diligencia empresarial que, posteriormente, ha podido ser desarrollada de manera más precisa sin perder su coherencia. Antes y después de los cambios operados en el precepto, con o sin su sofisticación o modernización, la discrecionalidad empresarial podía resultar, según el caso, merecedora de tutela. 26.— Esa norma societaria, para proteger el necesario ámbito de libertad de los empresarios en la toma de decisiones estratégicas, impide que un juez revise las decisiones adoptadas en dicho ámbito por los administradores de una sociedad mientras no se bayan apartado de lo que pueda considerarse un estándar de diligencia habitual, que es un límite que solo opera de modo extraordinario para la salvaguarda de los intereses de la propia sociedad y de los terceros que

como en aquellas más recientes estando ya en vigor la nueva dicción de este artículo²⁰¹, si bien en algunas de ellas encontrándonos ante pronunciamientos judiciales que deben ser calificados como *obiter dicta*²⁰².

Ahora bien, pese a que, efectivamente, contamos con numerosos precedentes jurisprudenciales que abrazan la tesis extensiva, también nos encontramos con una postura jurisprudencial contraria a la aplicación en la sección de calificación con resoluciones judiciales que determinan que el art. 226 TRLSC afecta *ex lege*

se relacionan con ella en el mercado. De lo que se trata es, entre otras cosas, de incentivar a los empresarios a adoptar decisiones necesarias y útiles para desarrollar el objeto de la empresa, sin que se vean inhibidos de una manera absoluta por el riesgo de un eventual y posterior reproche judicial. En definitiva, que lo que no es posible es el reproche del comportamiento económico de un empresario por el solo motivo de que los resultados obtenidos por ese empresario con sus decisiones no hayan sido del todo favorables para la sociedad o sus acreedores o incluso cuando hayan sido enteramente perjudiciales. Entre nuestra doctrina, Alfaro lo explica de modo asequible de la siguiente manera (Alfaro, J., «Una nota sobre la business judgment rule», Almacén de Derecho, 26/1/17): «En nuestro Derecho, la regla del art. 226.1 LSC puede entenderse como una «concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador cuando adopta una decisión que no viene determinada por la Ley» (Mertens/Cahn) o, de forma semejante al privilegio romano para los socios-administradores de la sociedad colectiva, como una disgregación entre el estándar de conducta o antijudicialidad —diligencia— y el estándar de responsabilidad o de culpabilidad —actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales— (Eisenberg) lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción solo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la business judgment rule. De este modo, la regla limitaría el ámbito de aplicación de la responsabilidad por negligencia. El juicio acerca de si el administrador actuó diligentemente no procede si actuó informada y desinteresadamente y se trataba de una decisión «estratégica o de negocio». El administrador pudo haber actuado negligentemente, pero es irrelevante. En esta medida, la regla actúa como un «puerto seguro» para los administradores (Fleischer). De acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la argumentación/alegación, corresponderá al administrador que pretenda valerse de la regla de la discrecionalidad empresarial la prueba de que la decisión se tomó informada y desinteresadamente».

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

202. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 45/2018, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pañeda Usunáriz) (JUR\2018\84531) (ECLI:ES:SPVA:2018:176), en la que se refiere con motivo del escrutinio de una operación en la sección sexta que: «Es más, de no haber suscrito el controvertido anexo esta operación seguramente no sería discutida pues entraría dentro del denominado business judgment rule».

a los deberes de diligencia o lealtad, lo que no se ajusta al diferente enjuiciamiento de que debe llevarse a cabo de la conducta del administrador en la sección de calificación²⁰³.

En estos casos, las dudas que para algunos juzgados y tribunales presenta la aplicación de la protección en la sección sexta derivada de la *business judgment rule* se apoyan en el razonamiento que se contienen en la Sentencia núm. 693/2017, de 20 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo²⁰⁴, donde nuestro más Alto Tribunal determinaba que en sede de calificación concursal lo que debe enjuiciarse (antes *ex art.* 164.1 LC, ahora *ex art.* 442 TRLC) son conductas del administrador que integren la causas de culpabilidad concursal por cuanto causen o agraven la situación de insolvencia —lo que en última instancia supone el enjuiciamiento de conductas que hayan supuesto el «*expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores*»—, para lo que no resulta necesario que se haya producido una «*infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora*» —que es lo que se enjuicia en el ámbito societario— como puede ser el deber de fidelidad exigido actualmente en el art. 227.1 TRLS, entendido éste como el deber del administrador de desarrollar las funciones de su cargo actuando en el mejor interés de la sociedad.

No obstante, este razonamiento llevado a cabo por nuestro más Alto Tribunal, cuyo contenido compartimos, entendemos no resulta suficiente para sustentar una exclusión automática de la aplicación de la *business judgment rule* en el ámbito concursal ya que, consideramos, en aquellos supuestos en los que las decisiones tomadas por el administrador que estén siendo objeto de eventual enjuiciamiento en la sección de calificación, si éstas se han tomado de manera diligente dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 226 TRLS —esto es, tratándose de decisiones estratégicas y de negocio, éstas se han tomado actuando el administrador de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión,

203. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 61/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (JUR\2019\121315) (ECLI:ES:JMS:2019:185); Sentencia en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se justifica esta restrictiva postura, aun a modo de pronunciamiento *obiter dicta*, en los siguientes términos: «*A mayores, debemos advertir las dudas que la aplicabilidad de la business judgment rule (art 226 LSC) en calificación culpable merece a la vista de la STS 693/3017, toda vez que la regla del art 226 LSC afecta a la infracción del deber de diligencia o lealtad, pero ésta no es la antijuridicidad «necesaria» para el 164.1 LC. La antijuridicidad en el 164.1 no se dirige (necesariamente) a los deberes del administrador con la sociedad, sino respecto de los acreedores sociales (generando o agravando con dolo o culpa la insolvencia). Para integrar el tipo del art 164.1 LC no es necesario (aunque normalmente suceda así) que se infrinja el deber de fidelidad o lealtad (227 LSC), es decir de desempeñar el cargo en el mejor interés de la sociedad, porque este deber se refiere sobre todo al ámbito interno de la sociedad, y la norma del 164.1 LC es de protección de acreedores, no de la propia sociedad (de hecho el interés de ésta es en ocasiones contrario al de los acreedores)*».

204. Sentencia núm. 693/2017 de 20 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2017\5784) (ECLI:ES:TS:2017:4656).

con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado—, difícilmente podrían tener encaje en el supuesto general de culpabilidad del art. 442 TRLC, donde se exige que en las actuaciones sometidas a enjuiciamiento «*hubiera mediado dolo o culpa grave*»²⁰⁵.

En cualquier caso, dado que esta cuestión a día de hoy sigue mostrando criterios enfrentados a causa de una suerte de nuevo silencio legislativo en la norma concursal que, irremediablemente, deriva en una reprobable inseguridad jurídica, consideramos que el legislador español debería al menos reflexionar si su voluntad es de extender la aplicación de la protección derivada de la *business judgment rule* en el ámbito de la responsabilidad concursal y, de ser su respuesta afirmativa, quizás lo oportuno sería proceder a su positivización en nuestro Derecho de insolvencias de igual manera que ya hizo en nuestro Derecho societario con motivo de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

205. *Vid.*, en tal sentido, lo dispuesto en la Sentencia de 4 de junio de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (JUR\2024\115233) (ECLI:ES:JMMA:2023:5693).

Capítulo tercero

LA AFECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

Sumario: 1. PRINCIPALES CONDENAS DE CONTENIDO NETAMENTE PATRIMONIAL A LAS QUE SE PODRÁ ENFRENTAR EL ADMINISTRADOR SOCIAL EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN. 1.1. La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados *ex art. 455.2.5º* TRLC. 1.2. La eventual condena a la cobertura del déficit concursal *ex art. 456* TRLC. 1.3. La *[discrecional]* medida cautelar *ex art. 133* TRLC en caso de riesgo de frustración de la probable condena al déficit concursal. a) Antecedentes legislativos. b) Principales aspectos jurídico-procesales de esta medida cautelar. 2. LA PERVIVENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LA VÍA SOCIETARIA DEL ART. 241 TRLC TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA DEL ART. 37 *BIS* TRLC. 3. EL POTENCIAL IMPACTO EXTRAMUROS DEL CONCURSO DE LA TRANSACCIÓN EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN ULTERIORES PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD *EX ART. 241* TRLC A INSTANCIAS DEL ACREEDOR SOCIAL. 3.1. Su posible consideración como MASC a la luz de las novedades introducidas por Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 3.2. Otros posibles efectos reflejos de la eventual transacción alcanzada en la sección de calificación.

1. PRINCIPALES CONDENAS DE CONTENIDO NETAMENTE PATRIMONIAL A LAS QUE SE PODRÁ ENFRENTAR EL ADMINISTRADOR SOCIAL EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

Tras haber llevado a cabo *ut supra* en los previos Capítulos del presente trabajo una exposición del marco legislativo en el que se encuadra la responsabilidad concursal del administrador, dado que el objeto del presente estudio pasa por analizar el eventual impacto que ésta pueda tener en su patrimonio, debemos centrar ahora nuestro análisis en las principales condenas de índole económica que le pueden ser impuestas al administrador social *ex art. 455 y 456* TRLC.

Cabe recordar al efecto que son diversas las posibles condenas de contenido netamente patrimonial con las que podría tener que pechar un administrador societario en caso de calificación de culpabilidad del concurso, habiendo previsto el legislador español un nutrido elenco de condenas que van más allá de la inexorable inhabilitación en los términos establecidos en el art. 455.2.2º TRLC²⁰⁶, algunas de ellas de carácter obligatorio cuya imposición, *ex lege*, se producirá de un modo automático —si se nos permite la expresión— en caso de culpabilidad, como son «la pérdida de cualquier derecho» que pudiese tener frente a la concursada como posible acreedor concursal o de la masa (art. 455.2.3º TRLC) y la condena «a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa» (art. 455.2.4º TRLC), debiendo señalarse especialmente la posible condena al administrador social en sede de calificación concursal a indemnizar los daños y perjuicios que su actuación haya podido causar a la sociedad (art. 455.2.5º TRLC) respecto de la que, por su mayor controversia en la práctica forense, analizaremos como más detalle *ut infra*.

Así pues, debe significarse que el listado de codenas que se recogen en el art. 455.2 TRLC ante una calificación culposa del concurso se reputan inexorables —siempre y cuando, claro está, se hayan producido los dañosos hechos que pretenden revertirse con ellas respecto a las ya referidas devoluciones tras indebidas obtenciones y a las indemnizaciones por daños y perjuicios causados—, ello por cuanto con carácter previo a la enumeración de estas condenas se preceptúa con

206. En este sentido destaca la Sentencia núm. 144/2022, de 13 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Isabel Poveda Bernal) (ECLI: ES:JMIB:2022:5027), que: «La legislación concursal prevé la inhabilitación temporal de la persona afectada por la declaración de concurso, que no será inferior a 2 años ni superior a 15. La inhabilitación es consecuente con la calificación culpable, y recae sobre el responsable de la conducta que motivó esta calificación: ya sea el propio deudor persona natural, o su representante legal; ya sean los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, en el caso del deudor persona jurídica. La anterior declaración de persona afectada por la calificación se hace pensando en este pronunciamiento de inhabilitación. En este punto, los principios dispositivo y de congruencia quedan mitigados por el de legalidad. No cabe una calificación culpable sin inhabilitación de la persona afectada por esta calificación, por lo que aunque no haya sido solicitada, la sentencia impondrá el mínimo legal de 2 años. Y por otra parte, no puede imponerse más de lo solicitado ni del límite legal de 15 años. Cabe destacar como novedad, que la sentencia de calificación tendrá, como uno de los contenidos necesarios, la inhabilitación de las personas «naturales» afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años (artículo 455.2.2º TRLC). Nótese que en su precedente artículo 172 no se hacía expresa distinción y se hablaba de las «personas» afectadas por la calificación; y que, de conformidad con el artículo 13.2º del código de comercio, no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales «las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación». De ahí que la persona jurídica administradora inhabilitada por sentencia de calificación culpable pasaba automáticamente a estar incurso en varias causas de disolución de las previstas en el artículo 363.1 LSC. El añadido de personas «naturales» parece contrarrestar un excesivo rigor en la aplicación pura y sin matices de la norma, dejando dicha consecuencia solo para los inhabilitados comerciantes personas físicas; si bien tal previsión bordea, cuando no es abiertamente un «*ultra vires*» de los límites impuestos por la refundición».

total rotundidad que *«la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá [no dejando así margen, entendemos, a la discrecionalidad judicial], además, los siguientes pronunciamientos ...»*.

Previsión que, sin embargo, se muestra distinta a la relativa a la posible condena a la cobertura del déficit contenida en el art. 456 TRLC, cuyo análisis abordaremos de manera individualizada *ut infra*, sin perjuicio de que ya adelantamos que ésta presenta un diferente carácter eventual sin que sea un pronunciamiento obligatorio en caso de culpabilidad concursal, habiendo determinado por ello el legislador a tal efecto en el apartado primero del citado artículo que, en aquellos supuestos en los que la sección de calificación se hubiese formado —o reabier—to— como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, *«el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit...»*.

No obstante lo anterior, como acaba de ser anticipado, con carácter previo a abordar la [eventual] condena al déficit concursal, paremos a analizar previamente la contenida en el art. 455.2.5º TRLC, esto es, la relativa a la indemnización de los daños y perjuicios causados en los supuestos en los que la conducta sancionada en la calificación los hubiese efectivamente provocado.

1.1. La condena a indemnizar los daños y perjuicios causados ex art. 455.2.5º TRLC

Centrando nuestro estudio en la condena establecida en el vigente art. 455.2.5º TRLC, debemos comentar indicando que éste, con la redacción dada tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, preceptúa que *«la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados»*.

Pues bien, lo primero que consideramos oportuno destacar respecto de esta condena es que esta posible solidaridad, como recordará el lector, fue introducida expresamente por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la eventual condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, en línea con la que el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, ya introdujo respecto de la eventual condena a cubrir el déficit concursal.

Nos enfrentamos así ante un pronunciamiento de contenido «obligatorio» de la sentencia de calificación en caso de culpabilidad concursal, relativo a la condena a indemnizar —con o sin solidaridad— los daños y perjuicios causados por aquellas actuaciones que han derivado en la culpabilidad del concurso; condena ésta en cuya configuración destaca el hecho de que va dirigida a la totalidad de las personas afectadas por la calificación, pudiendo ésta alcanzar a los cómplices.

Con su actual regulación, especialmente tras la «autonomía regulatoria» que le confirió el texto refundido en el año 2020, entendemos debe ser considerada

como una condena autónoma²⁰⁷ y consecutiva a los ya referidos pronunciamientos relativos a la condena a la pérdida cualquier derecho frente a la concursada como acreedor de ésta y a la eventual condena a la devolución de los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa, habiendo sido desterrada su tradicional configuración como una condena exclusivamente sustitutiva respecto de esta última en aquellos supuestos en los que no resultaba factible la devolución de lo indebidamente obtenido.

Así pues, esta *[autónoma]* condena *ex art. 455.2.5º TRLC*, en nuestra opinión se muestra susceptible de englobar no solo los daños y perjuicios que, efectivamente, puedan producirse por la imposibilidad de devolver aquello que indebidamente se sustrajo de la concursada sino también otros daños y perjuicios de concepción más amplia como pueden ser aquellos que sufre la concursada tras haber sido ocasionados directamente por la conducta que haya sido objeto de reproche con la calificación de culpabilidad del concurso²⁰⁸; daños y perjuicios que, en todo caso, no deber ser confundidos ni erróneamente equiparados a los que se desprenden de la propia insolvencia de la sociedad como el calificado como déficit concursal ya que éste, como ha sido anticipado y además será objeto de

207. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 194/2024, de 1 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Tremoya) (JUR\2024\183786) (ECLI: ES:APC:2024:1041).

208. Este extremo no obstante no resulta incontrovertido, pudiendo citarse aquí lo dispuesto en la Sentencia de 7 de julio de 2022 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Picazo Menéndez) (JUR\2023\236081) (ECLI:ES:JMM:2022:13933): «1.— *Tipo aplicado. Dispone el artículo 455 TRLC que la declaración de persona afectada o cómplice en la calificación de concurso culpable conllevará, 3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa. Junto a tal efecto automático, el propio artículo añade dos consecuencias cuya aplicación, a diferencia de la anterior, no es inmediata, sino que debe justificarse, además de en la declaración de persona afectada o cómplice, en otras circunstancias objetivas de hecho, según el efecto que se pretenda. Se trata, en primer lugar, de un efecto restitutorio como es 4.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, donde el calificativo de «indebido» revela que ha de exigirse esa condición de la transmisión del bien o derecho para que prospere la solicitud. En segundo término, un efecto reparatorio, es decir, 5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados, para lo que se seguirá la prueba de la realidad y alcance del daño y el nexo causal entre su comportamiento efectivo y la generación de ese daño, en un juicio análogo al que se efectúa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC. Además, respecto de tales consecuencias, han de hacerse las siguientes consideraciones jurídicas, para delimitar su alcance: (i).— la condena de devolución deberá asentarse en los concretos actos que integren la calificación concursal de culpable, no en otros, esto es, se impone que la obtención indebida de los bienes o derechos a devolver se haya ejecutado precisamente en los hechos que motivan la culpabilidad concursal; (ii).— la indemnización de los daños y perjuicios de refiere específica y concretamente a los generados al patrimonio del deudor o de la masa activa por aquellos actos de obtención indebida de bienes y derechos, en los que se basa la anterior condena a devolver, no en otra clase de actos que no conlleven tal obtención indebida de bienes o derechos, cuya respuesta indemnizatoria habrá de sustentarse en el artículo 456 TRLC. Son pues, dos consecuencias conexas de unos únicos hechos, que implican aquella obtención indebida de bienes o derechos».*

detallado estudio *ut infra*, goza de una específica vía para que el juzgador, si así lo considera oportuno, imponga su pago —total o parcial— como eventual condena por la vía de lo preceptuado en el art. 456 TRLC (anterior art. 172 *bis* LC)²⁰⁹.

Nos encontramos así ante una condena que tiene como base tanto cualitativa como cuantitativa el resarcimiento de los específicos daños y perjuicios causados por la conducta que ha merecido la calificación de culpabilidad, lo que conlleva que comparta naturaleza jurídica con la más general responsabilidad consagrada en el art. 1.902 CC y, por ende, los elementos que determinarán y cuantificarán esta condena pasan por la existencia cumulativa de los tres tradicionales requisitos exigidos en la responsabilidad civil extracontractual: (1) la acción u omisión de quien causa el daño, (2) la realidad del efectivo daño ocasionado y (3) la inexorable relación de causalidad entre ellos.

Esta configuración irremediamente lleva aparejada la necesidad de que quien la pretenda deba acreditar que la actuación del afectado por la calificación ha producido verdaderamente un daño y la concreta y específica relación de causalidad entre ellos, so pena de impedir que, en caso contrario, esta condena pueda recogerse en la sentencia de calificación culpable del concurso²¹⁰.

209. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 319/2020, de 18 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).

210. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 1359/2023, de 11 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo) (JUR\2024\68176) (ECLI: ES:APMA:2023:3026), en la que se recoge esta doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios la STS 319/2020, de 18 de junio, destaca que ha de distinguirse bien entre la «condena a la cobertura del déficit» del art. 172 bis LC (boy, art. 456 del texto refundido de la Ley Concursal) y la «condena a la indemnización de daños y perjuicios» del art. 172.2.3º LC (boy, art. 455.2.5º del texto refundido). Pues, aunque, tras la reforma del año 2014, la responsabilidad a la cobertura del déficit tenga también naturaleza resarcitoria, difiere de la condena a indemnizar daños y perjuicios, en atención a su contenido y a los requisitos exigidos para su apreciación. La condena a indemnizar daños y perjuicios además de extenderse también a los cómplices y ser consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos y devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor. La indemnización va ligada a la referida condena restitutoria de devolución de bienes y perjuicios que los mismos hayan sufrido (así, por ejemplo, la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes, 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 irreivindicabilidad o de protección registral), e igualmente puede también alcanzar también a otros daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable de concurso, pero no a los derivados de la insolvencia a que haya podido contribuir dicho acto (esto es, los créditos insatisfechos, que son objeto de reparación a través de un medio específico, que es la posible condena a la cobertura, total o parcial, del déficit). Junto a este objeto, esta responsabilidad participa de la misma naturaleza que la prevista en el artículo 1902 del Código Civil, requiriéndose para su apreciación los tres clásicos elementos: la acción u omisión del agente, el daño producido y la relación de causalidad entre ambos. Por ende, se requiere que el solicitante aduzca y pruebe que actuación del afectado por la calificación ha producido un daño en los elementos que antes hemos reseñado (bienes a devolver u otros daños ajenos a los créditos impagados) y como existe una relación de causalidad entre ellos; y además, deberá acreditarse estos elementos. De la misma manera, la sentencia que condene a dicha indemnización deberá determinar todos estos elementos y el material probatorio que lo ha acreditado».

1.2. La eventual condena a la cobertura del déficit concursal *ex art. 456 TRLC*

Abordaremos a continuación con la debida individualización la *[eventual]* condena, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal *ex art. 456 TRLC* (antiguo art. 172 *bis* LC) por ser ésta, quizás, la que más controversia tanto doctrinal como jurisprudencial ha ocasionado; máxime cuando, como veremos, lleva aparejada una posible medida cautelar a adoptar por la vía del actual art. 133 TRLC.

De hecho, como ya hemos tenido ocasión que analizar, esta posible condena ha sido objeto de reiteradas reformas legislativas a través de las cuales se han ido aplacando —si se nos permite la expresión— las numerosas controversias interpretativas que, en la práctica forense, evidenciaban graves problemas de seguridad jurídica para los justiciables ante la disparidad de criterios judiciales a los que se enfrentaban.

Estas reformas en todo caso han sido ya objeto de estudio *ut supra* en el Capítulo Primero del trabajo que nos ocupa, motivo por el cual efectuamos aquí una expresa remisión a él para no reiterar su contenido —el cual damos aquí por reproducido—, continuando nuestro análisis de esta posible condena atendiendo al régimen que actualmente se encuentra vigente en el art. 456 TRLC.

En todo caso, la primera de las observaciones que consideramos oportuno significar nuevamente en relación con esta eventual condena regulada en el vigente art. 456 TRLC es la ya apuntada *ut supra* ubicación separada e individualizada del resto de los pronunciamientos que inexorablemente sí que deberá incluir la sentencia de calificación concursal en caso de culpabilidad en los términos recogidos en el previo art. 455 TRLC; separación e individualización que, recordemos, vino de la mano de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, tras la cual esta condena abandonó su originaria ubicación junto con la regulación general de la sentencia de calificación para gozar de autonomía propia ubicándose en aquel momento en el antiguo art. 172 *bis* LC.

Desde entonces nos encontramos ante una autónoma previsión de condena que, hoy día, se regula en el vigente 456 TRLC, habiendo optado el legislador español por llevar a cabo su regulación atendido a cuatro esenciales criterios o elementos configuradores de esta condena cuyo reflejo encontramos en los cuatro correlativos apartados que lo conforman:

1. Configuración legal de esta eventual condena de naturaleza resarcitoria
Este artículo dedica su primer apartado, como no podría ser de otra forma, a delimitar y definir esta condena que, en casos de apertura de la liquidación, «podrá» ser impuesta por el Juzgador en la sentencia de calificación.
A tal efecto, establece este primer requisito que, inexorablemente debe acontecer para que entre el juego la discrecionalidad judicial en su posible imposición: la apertura de la liquidación, ello con independencia del

momento procesal en el que ésta tenga lugar por cuanto el legislador ha preceptuado que ésta podrá ser acordada *«cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación»*.

De esta forma, en aquellos supuestos en los que, efectivamente, se ha acordado la apertura de la liquidación, entra en juego la potestad —con cierto margen de discrecionalidad, como veremos— que se le ha conferido al juzgador ya que, recordemos, en este caso se indica expresamente que en la sentencia de calificación el juez: (i) *«podrá condenar»*, no siendo este un pronunciamiento obligatorio²¹¹ como los previamente regulados en el art. 455 TRLC—, (ii) *«con o sin solidaridad»*, tal y como expresamente se prevé desde la refundición que se llevó a cabo en el año 2020 con el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, (iii) *«a la cobertura, total o parcial, del déficit»*, (iv) condena que además puede ser impuesta *«a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia»*, siendo éste el marco subjetivo de esta eventual condena que, a todas luces, es de naturaleza resarcitoria.

De este primer apartado cabe destacar la principal controversia que gira en torno a la aparente total discrecionalidad que se le confiere al juzgador a la hora de determinar si esta condena a la cobertura del déficit se fija en la sentencia de calificación *«con o sin solidaridad»*, dada la inexistencia de criterio legal expreso en la norma concursal que permita discernir cuándo resultaría procedente uno y otro tipo de condena.

En todo caso, ante este nuevo «silencio legislativo» —si así se quiere calificar—, parece que como vía para modular esta total discrecionalidad debería acudir, como defiende parte de nuestra doctrina²¹², al régimen general contenido en el Código Civil por cuanto en él nuestro legislador en su art. 1.137 CC estableció la mancomunidad como la regla general ante los supuestos de obligaciones plurales, quedando reducido el ámbito de la solidaridad a los casos en los que ésta haya sido prevista expresamente. Ahora bien, este régimen general ha sido cuanto menos matizado por nuestros juzgados y tribunales, encontrándonos ante una distinción jurisprudencial entre lo que se denomina como solidaridad propia o *ex lege* y

211. *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia núm. 135/2019, de 6 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2019\729) (ECLI: ES:TS:2019:711).

212. *Vid.*, a tal efecto, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, N.º. 61, 2024, pp. 149-193, cuyo criterio compartimos.

la conocida como solidaridad impropia que, en atención a las líneas definitorias que se han fijado en la práctica forense, se puede considerar como la derivada de la propia naturaleza del ilícito en supuestos de pluralidad de sujetos intervinientes, siendo en este último tipo en el que podría encuadrarse una eventual condena solidaria a la cobertura del déficit concursal si bien, a nuestro juicio, única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que, siendo varios los sujetos que han intervenido en los hechos que han dado lugar a la calificación de culpabilidad, no es posible realizar una individualización de los efectos de la concreta conducta llevada a cabo al efecto por cada uno de ellos²¹³.

Así pues, a *sensu contrario*, en aquellos supuestos en los que sí es posible llevar a cabo esa individualización, la condena no podría ser solidaria sino mancomunada en atención a la concreta participación y efectos derivados de ella que cada uno de los sujetos intervinientes llevó a cabo y que ha merecido la calificación de culpabilidad concursal²¹⁴.

213. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 102/2023, de 8 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Palma de Mallorca (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Isabel Poveda Bernal) (JUR\2024\94945) (ECLI:ES:JMIB:2023:5675), en la que finalmente se fija una condena al déficit concursal solidaria acudiendo al régimen general del art. 1.137 CC y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla emanada de nuestro más Alto Tribunal; doctrina jurisprudencial cuyo sintético resumen se contiene en la Sentencia en los siguientes términos: «Entendemos que si la sentencia aprecia para cada uno de los afectados la misma participación en los hechos que han determinado la calificación del concurso con incidencia causal en el déficit concursal (aquí, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso), lo lógico es que se condene a cada uno al mismo importe del déficit ligado causalmente a esa conducta, y que el pago de ese importe se imponga a los distintos afectados (aquí los dos miembros del consejo de administración) de forma solidaria. Si se hiciera de manera mancomunada, se vendría a reducir su responsabilidad (solo se condenaría a cada uno a su mitad), lo cual no solo se deja en peor posición a los acreedores en caso de incapacidad patrimonial de algunos de los condenados mancomunados, sino que daría lugar a un trato distinto —sin razón alguna— respecto del mismo comportamiento (retraso en la solicitud de concurso) cuando es realizado por uno o cuando se lleva a cabo por una pluralidad de responsables. Tesis que consideramos se adecua a la doctrina jurisprudencial. La sentencia del TS de Pleno de 14 de mayo de 2003 reconoce junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, ex voluntate o ex lege, otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia u obligaciones in solidum» que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción. Por su parte, la STS de Pleno de 10 de septiembre de 2014 argumenta que «La jurisprudencia ha evolucionado en su interpretación del art. 1137 CC. Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 892/2008, de 8 de octubre, y 43/2014, de 5 de febrero, concurren las notas de la solidaridad pasiva cuando hay una pluralidad de deudores, unidad de objeto, comunidad de objetivos y de unos mismos hechos se hayan generado para todos ellos obligaciones con el mismo contenido. (...) Y de forma específica en sede concursal, la STS 135/2019, de 6 de marzo, al tratar de la condena de daños y perjuicios directos, condena a afectado y cómplices a su pago de forma solidaria».

214. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 721/2022, de 29 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui) (JUR\2022\336692) (ECLI:ES:APBI:2022:1684), en la que se rechaza la condena solidaria al déficit concursal acudiendo a la figura de la solidaridad impropia al considerar que, en el particular caso enjuiciado, sí que se puede individualizar y porcentuar en consecuencia la condena que mancomunadamente finalmente se estable.

Este criterio interpretativo se acompasa, además, con perfecta sintonía con la previsión contenida en el apartado tercero del art. 446 TRLC al que *ut infra* nos referiremos.

Nótese asimismo que ésta no es la única controversia que gira en torno a la eventual condena al déficit concursal, debiendo significar que, *ad extra*, se suma la pretendida inclusión también en el ámbito subjetivo del art. 446.1 TRLC de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica bajo la misma argumentación *ut supra* analizada por la que aquellos que defienden la tesis extensiva abogan por la aplicación del art. 236.5 TRLSC al ámbito de la responsabilidad concursal al ser esta eventual condena uno de los posibles efectos inherentes a ella²¹⁵.

Nuestra opinión al respecto no puede diferir a la ya expuesta *ut supra* en el Capítulo Segundo, a cuyo contenido nos remitimos expresamente dándolo por reproducido a fin de evitar innecesarias reiteraciones, debiendo significarse en todo caso que, a nuestro juicio, la interpretación extensiva del art. 236.5 TRLSC al ámbito de la responsabilidad concursal a fin de incluir en ella a sujetos que específicamente no han sido incluidos por el legislador en su especial ámbito subjetivo, cuanto menos, se enfrenta a obstáculos jurídicos que solo nuestro más Alto Tribunal determinará si son o no insalvables.

2. Positivización de la definición del déficit concursal

El segundo de los apartados del art. 456 TRLC positiviza, tras la novedad que supuso la nueva redacción dada por el Texto Refundido, el criterio mayoritario que era seguido en aquel momento por nuestros juzgados y tribunales a la hora de identificar o definir qué debía entenderse por déficit concursal a los efectos de esta eventual condena, determinándose desde entonces *ex lege* que este déficit existe «*cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*» lo que, si se quiere indirectamente, ofrece una definición legal de este concepto.

Sobre este cambio legislativo ya hemos tenido ocasión *ut supra* de advertir al lector de las críticas que las voces más autorizadas de nuestra doc-

215. *Vid.*, en tal sentido, SANCHEZ GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», *cit.*, pp. 516-535, trabajo en el que el autor —Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil que el pasado 24 de marzo de 2025 tomó posesión como Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo—, defiende la extensión del art. 236.5 TRLSC a la calificación concursal y, en ese marco, también a la eventual condena al déficit concursal, concluyendo que, a su juicio, «*la responsabilidad de cubrir el déficit concursal (art. 454 TRLC) si anuda también a la conducta que ha merecido la calificación culpable y respecto de la que se ha atribuido la consideración de persona afectada por la calificación al administrador persona jurídica, en ese caso deberían responder solidariamente tanto este como su representante persona física, aplicándose también la regla del art. 236.5 LSC*» (p. 526).

trina realizaron respecto de los inconvenientes que ella llevaba aparejada, críticas a las que nos sumamos y reiteramos considerando que éste es otro de los puntos sobre los que nuestro legislador podría valorar una posible reforma.

En todo caso, en la medida en que ya existe una clara y nítida definición legal de lo que debe considerarse como déficit concursal a los efectos de la condena regulada en el art. 456 TRLC, a día de hoy y mientras no se lleve a cabo esta eventual y futurible reforma, al menos existe seguridad jurídica para los distintos operadores jurídicos en la medida en que su cuantificación ya no estará sometida al albur del concreto tribunal que pueda enjuiciar el caso.

3. Individualización de la condena al déficit en caso de pluralidad de condenados

El tercero de los apartados del art. 456 TRLC se muestra indisolublemente ligado, a nuestro juicio, al análisis que hemos llevado a cabo con motivo del «silencio legislativo» contenido en su primer apartado al no establecer las reglas o directrices que deberían guiar al juzgador a la hora de condenar «*con o sin solidaridad*» a la cobertura total o parcial del déficit. Y ello por cuanto en él nuestro legislador ha determinado que en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, el juzgador deberá incluir en la sentencia la debida individualización de la cantidad que deberán satisfacer cada uno de ellos lo que, además, deberá realizar atendiendo a la concreta participación que hubiesen tenido en los hechos terminantes de la calificación de culpabilidad del concurso.

Esta regla, por tanto, se muestra complementaria y perfectamente compatible con la oportunidad de exigir al juzgador que, a la hora de terminar si esta condena debe llevarse a cabo con o sin solidaridad, deberá acudir a la teoría general contenida en el art. 1.137 CC y la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo que la ha desarrollado —cuando no «matizado»—, acudiendo a la figura de la solidaridad impropia única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que no es posible llevar a cabo la deseable individualización.

4. Especialidad en caso de la reapertura de la sección sexta por incumplimiento de convenio

En último lugar nos encontramos con una previsión contenida en el art. 456.4 TRLC en la que se regula una nueva regla especial aplicable a los supuestos de reapertura de la sección sexta por incumplimiento de convenio por cuanto, en estos casos, si el concurso hubiese sido ya calificado como culpable, el juez, para fijar la eventual condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá no solo a los hechos determinantes de la reapertura sino también a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación.

De esta regulación que nos ofrece el art. 456 TRLC se desprenden las dos principales notas configuradoras de esta eventual condena: (1) la primera, el carácter incontrovertidamente potestativo con la que ha sido configurada *ex lege*, recayendo en el juzgador la decisión de incluir o no esta condena en la sentencia de culpabilidad, debiendo además determinar, si opta por ello, por definir si la condena lo será con o sin solidaridad —para lo que, como ha sido *ut supra* expuesto, entendemos que la decisión deberá descansar en la regla general contenida en el art. 1.137 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, así como en la regla contenida en su apartado tercero—, así como también si la condena lo será respecto de la totalidad o solo de una parte del déficit concursal y, (2) la segunda, el carácter de responsabilidad resarcitoria, que no punitiva o sancionadora, que se desprende del hecho de que esta condena podrá imponerse en atención a la «medida» en que la conducta que ha sido objeto de culpabilidad concursal hubiera generado o agravado la insolvencia²¹⁶.

Esta naturaleza resarcitoria, como ha sido apuntado *ut supra*, se deriva de la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, fruto del cual se incorporó como último inciso respecto de la tipología de las actuaciones que eran subsumibles en esta eventual condena al añadir al precepto que ello «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*», lo que supuso un cambio de rumbo, si se nos permite la expresión, ya que abandonamos la tradicional configuración de esta responsabilidad civil cualificada para convertirse en una verdadera responsabilidad de tipo resarcitorio donde pasa a resultar necesaria la determinación de en qué modo ha participado cada uno de los sujetos que han sido condenados en la sección de calificación y, además, en qué cuantía su actuación generó o agravó la insolvencia²¹⁷.

216. Inciso éste que, recordemos, se introdujo en nuestro Derecho de insolvencias en virtud de la reforma operada por el ya analizado Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo —convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre—.

217. *Vid.*, en tal sentido, lo dispuesto en la Sentencia núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256): «1.— El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el art. 172.3, sino el art. 172.bis de la Ley Concursal. (...) El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (...). Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra

Así pues, para poder condenar a los administradores a cubrir el déficit concursal, desde la reforma operada en el año 2014 es imprescindible poder acreditar (como en cualquier demanda de daños) el nexo causal entre el comportamiento de cada uno de los sujetos incluidos en su ámbito subjetivo *ex art. 456 TRLC* y la generación o agravación de la insolvencia. Dicho de otro modo, a nuestro juicio resultará inexorable la acreditación de cuál fue el grado de participación que tuvo cada uno estos sujetos en la generación de la insolvencia.

De hecho, ya incluso con la anterior normativa (antes de la reforma de 2014) se venía exigiendo por nuestros juzgados y tribunales, para obtener la condena al déficit concursal, establecer perfectamente el nexo causal entre el comportamiento del deudor y la generación o agravación de la insolvencia²¹⁸.

Por tanto, retomando el análisis que ha guiado el presente trabajo, centrado en el impacto de la responsabilidad concursal en el patrimonio del administrador societario, cabe concluir que si en la sentencia de calificación el juzgador pretende incluir la condena al administrador de esta eventual sanción al déficit concursal *ex art. 456 TRLC*, en la propia sentencia deberá justificar específicamente los motivos que le han guiado a imponer tan gravosa sanción; motivos que deberán extenderse no solo a la propia imposición en sí misma sino también el concreto grado de participación que el administrador tuvo en la generación o agravación de la insolvencia, pues esta drástica sanción deberá en todo caso, aun cuando se impusiese, modularse *«en la medida que la conducta»*, en este caso, del administrador, *«que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiere generado o agravado la insolvencia»*.

Es aquí donde los instantes de la culpabilidad concursal deben efectuar un esfuerzo acreditativo de tales extremos, debiendo incluirse en sus informes de calificación la concreta especificación de las personas respecto de las a que, a su juicio, debería alcanzar la culpabilidad concursal junto con las concretas causas que la sustentarían ya que, como ha tenido además ocasión de significar nuestro más Alto Tribunal²¹⁹, deben rechazarse las peticiones de condena que no cumplan con ello so pena de vulnerar en última instancia el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles afectados en la sección de calificación.

sentencia), la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

218. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 203/2017, de 29 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2017\1649) (ECLI: ES:TS:2017:1217), así como la Sentencia núm. 44/2016, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cano Marco) (JUR\2016\83969) (ECLI: ES:JMMU:2016:351).

219. *Vid.*, en tal sentido, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», *cit.* pp. 149-193.

1.3. La [discrecional] medida cautelar ex art. 133 TRLC a adoptar en caso de riesgo de frustración de la probable condena al déficit concursal

La gravosa y eventual sanción relativa a la cobertura del déficit concursal presenta una importante peculiaridad por cuanto, como hemos tenido ocasión de anticipar *ut supra*, lleva aparejada una posible medida cautelar a adoptar actualmente regulada en el art. 133 TRLC, cuyas principales características analizaremos en el presente apartado sin perjuicio de que, con carácter previo, consideramos oportuno realizar al menos una sucinta referencia a su evolución normativa.

a) Antecedentes legislativos

En concreto, esta medida cautelar que actualmente encontramos regulada en el vigente art. 133 TRLC es una medida que ha sufrido diversas modificaciones aparejadas a las reiteradas reformas que hemos vivido en nuestro Derecho de insolvencias, teniendo su origen, al menos en lo que a su concepción se refiere a los efectos del eventual impacto que puede tener en el patrimonio del administrador societario, en la inicial regulación contenida en la redacción original del antiguo art. 48.3 LC.

Así pues, esta medida que, como apuntábamos, inicialmente vio la luz de la mano del originario art. 48.3 LC, tenía por finalidad, en los concursos de persona jurídica, abrir la puerta a la posibilidad de que el juez del concurso, ya fuese de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal —sin duda alguna nos encontramos de nuevo en este ámbito ante una gran discrecionalidad otorgada al juzgador—, pudiese acordar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, en aquellos supuestos en los que, de lo actuado en el procedimiento concursal, resultase *«fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas»*; embargo éste que, se podría acordar, *«por la cuantía que el juez estime bastante»*, pudiendo ser sustituido a solicitud del interesado por un aval de entidad de crédito.

Esta exigua configuración legal fue objeto de reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al introducirse con ella el nuevo art. 48. *ter* LC dotándolo así tanto de una nueva ubicación en nuestra Ley Concursal como de una nueva dicción que conllevaba cambios de cierto calado en su configuración, debiendo destacarse al efecto, si quiera sucintamente, los tres principales [nuevos] extremos a tener en cuenta tras esta reforma²²⁰:

220. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 *ter* 1 de la Ley Concursal», en AA.VV. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor: Civitas, ISBN 978-84-470-4588-4, 2013, pp. 89-120.

1. En la nueva dicción se incorporó la apostilla «*como medida cautelar*» en el apartado primero del art. 48 *ter* LC, lo que sirvió para erradicar cualquier discrepancia o duda interpretativa que parecía aflorar con la redacción original del art. 48.3 LC, en la que ningún calificativo se le daba a esta medida estando incorporada dentro del precepto cuya rúbrica era «*Efectos sobre el deudor persona jurídica*», calificándose así expresamente como una medida cautelar en consonancia con lo que, en todo caso, entendemos se desprendía inexorablemente de su originaria configuración.
2. La ampliación del ámbito subjetivo del elenco de posibles personas afectadas por la eventual condena al déficit concursal, por coherencia legislativa, supuso la análoga ampliación del ámbito subjetivo de esta posible medida cautelar, lo que se llevó a cabo mediante: (i) la inclusión en el art. 48.1 *ter* LC de la figura del apoderado general en el mismo plano en el que se encontraban los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho —extendiéndose asimismo a esta nueva figura la horquilla temporal que hace que *ad extra*, también puedan ser susceptibles de sufrir esta medida cautelar aquellos que hubiesen ostentado esta condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso— y (ii) la introducción de un nuevo apartado segundo en este art. 48 *ter* LC a fin de replicar esta media respecto «*del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso*».
3. Se perfiló sutilmente la redacción que tradicionalmente tenía la previsión originalmente contenida en el art. 48.3 LC al matizar dos de sus extremos: (i) pasó de fijarse como condicionante «*cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas*» para pasar a determinar con una mayor precisión del ámbito subjetivo al condicionarla a «*cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley*» y (ii) en lo que al *quantum* de la medida respecta, vemos cómo el matiz introducido lo es si cabe de menor intensidad por cuanto en lugar de preceptuar que el embargo sería acordado por «*la cuantía que el juez estime bastante*», con la nueva redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, pasó a exigirse en el nuevo art. 48.1 *ter* LC *in fine* por «*la cuantía que el juez estime*», eliminándose así la apostilla de «*bastante*» para el caso de los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, y los apoderados generales —extendiéndose todos ellos a la referida horquilla temporal previa de los dos años, apostilla que, sin embargo, sí se incluyó en el nuevo supuesto incorporado en su apartado segundo relativo a los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en cuyo caso el juzgador podría acordar el embargo «*en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas*».

Nótese a este respecto que, si bien la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal es la únicamente que, aparentemente, se encargó de modificar la regulación de esta medida cautelar, lo que cierto es que con la refundición que se llevó a cabo en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, además de pasar a estar regulada en el nuevo art. 133 TRLC, ésta sufrió pequeñas modificaciones en su regulación.

En particular, en el año 2020, fruto de esta refundición nos encontramos con cinco innovaciones —algunas de ellas de pequeño impacto— en la regulación de esta medida cautelar atendido a la nueva dicción literal conferida en el art. 133 TRLC²²¹:

1. Se sustituyó de su ámbito subjetivo al *«apoderado general»* por el *«director general»*; sustitución obligada, si se nos permite la expresión, por cuanto el texto refundido efectuó este cambio en el ámbito subjetivo del elenco de las posibles personas afectadas por la sección de calificación y, por ende, también de quienes podrían sufrir la eventual condena al déficit concursal.
2. En segundo lugar, nos encontramos de nuevo ante un cambio en la literalidad del precepto que trae causa de los cambios normativos en la propia condena al déficit, especificando ahora en la conceptualización del riesgo que puede dar lugar a la adopción de esta medida cautelar frente a los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada —así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración—, al incluirse como inciso en el primer apartado del nuevo y todavía vigente art. 133 TRLC que ello *«cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura total o parcial del déficit en los términos previstos en esta ley»*; resaltándose así la posibilidad de que esta eventual y futura condena al déficit lo pueda ser a la cobertura total o parcial.
3. Respecto de la previsión del momento temporal en que podría acordarse esta medida frente a los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, si bien previamente se indicaba en el art. 48.2 *ter* LC que ello podría tener lugar *«durante la tramitación del concurso de la sociedad»*, el art. 133.2 TRLC matiza

221. CORDÓN MORENO, F.J., *«Real Decreto Legislativo 1/2020: la medida cautelar de embargo preventivo de bienes de los responsables que pueden ser condenados a la cobertura del déficit en la sentencia de calificación»*, Análisis mayo 2020 GA_P, disponible a fecha 9 de mayo de 2025 en https://ga-p.com/wp-content/uploads/2020/05/Real-Decreto-Legislativo_1_2020_embargo.pdf, pp. 1-3 de la edición digital.

esta literalidad al preceptuar que ello podría tener lugar «*desde la declaración del concurso de la sociedad*»²²².

4. Por lo que respecta al *quantum* de esta medida cautelar, con el nuevo art. 133 TRLC se unifica la dicción para todos los dos supuestos previstos y se indica en su apartado tercero que «*el embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante*» —sin perjuicio de su posible sustitución por aval de entidad de crédito, como en todo caso ya se preveía—.
5. En quinto y último lugar, culmina el art 133.3 TRLC *in fine* zanjando otra de las controversias que giraban en torno a esta especial medida cautelar indicando que «*se practicará sin necesidad de caución con cargo a la masa activa*».

Tras estos cambios el art. 133 TRLC ha permanecido invariable hasta nuestros días, ofreciéndonos así las últimas reglas del juego de esta discrecional medida cautelar.

b) Principales aspectos jurídico-procesales de esta medida cautelar

El vigente art. 133 TRLC nos ofrece un exiguo régimen específico de esta medida cautelar que, como veremos *ut infra*, entendemos debe ser completado en aquello no previsto en nuestro Derecho de insolvencias por lo dispuesto en la LEC, de aplicación subsidiaria a la norma concursal *ex* art. 521 TRLC²²³, enfrentándonos así ante una discrecional medida cuyos principales aspectos jurídicos-procesales pueden ser resumidos sucintamente como sigue²²⁴:

(i) Ámbito subjetivo (activo y pasivo)

Desde sus orígenes el legislador español ha hecho recaer la legitimación activa para interesar la adopción de esta especial medida cautelar tanto

222. Así pues, en la medida en que el *dies a quo* a partir del cual puede adoptarse esta especial medida cautelar es el de la propia declaración de concurso de la persona jurídica, lo que imposibilitaría, entendemos, *v.gr.* tratar de instar su adopción en un momento anterior acudiendo al régimen general del art. 730.2 LEC. No obstante, no debemos olvidar que el art. 18 TRLC, bajo la rúbrica de «*Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso*», ubicado dentro del Capítulo IV —del Título I— dedicado a regular la declaración del concurso a solicitud de acreedor y de otros legitimados, sí que prevé la posibilidad de que a petición de quien esté legitimado para instar el concurso necesario, pueda el juez admitir su solicitud y adoptar conforme al régimen general de la LEC las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del propio deudor —en cuyo caso el juez sí podrá *ex lege* pedir al solicitante la prestación de fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada—.

223. El cual preceptúa que «*en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*».

224. HUALDE LÓPEZ, I., «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores generales de la persona jurídica concursada», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N.º. 62, 2024, pp. 119-152.

en la administración concursal como en el propio juzgador, pudiendo ser ésta adoptada incluso de oficio.

Ello, en la práctica, ha dado lugar a que, si se quiere de manera indirecta, en caso de existir interesados en que ésta se adoptase —*v.gr.* acreedores personados en el concurso— tratasen de mover la voluntad del juzgador hacia su adopción de oficio realizando, pese a no existir un específico trámite para ello, peticiones fundadas que hiciesen al menos reflexionar al juez del concurso respecto de la posibilidad de su adopción; ello no obstante debiendo significarse que, en todo caso, ante estas peticiones de terceros interesados, debía y debe prevalecer la discrecionalidad que al respecto concede la norma concursal al juzgador²²⁵.

Por otro lado, en lo que respecta a la legitimación pasiva, ésta puede recaer, desde la reforma operada por la Ley 38/2011, de 30 de octubre, en dos grupos: (1) el formado por los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada, así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración y (2) el relativo al socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso.

Esta legitimación pasiva del primero de los posibles grupos afectados, esto es, la que respecta a los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada, así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, no es más que el fiel reflejo de los posibles afectados por la eventual condena a la cobertura del déficit que se delimitan en el art. 456.1 TRLC.

Ello deja incontrovertidamente fuera de este ámbito a otras posibles figuras como, *v.gr.* la del eventual cómplice²²⁶ en la sección de calificación, mientras que, por su parte, entendemos que su eventual extensión a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica *ex art.* 236.5 TRLC dependerá de la tesis que finalmente prevalezca ante nuestro más Alto

225. *Vid.*, entre otras, lo dispuesto en la Sentencia núm. 430/2007, de 26 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (AC\2008\424): «*la legitimación para instar la medida cautelar del art. 48.3 corresponde a la Administración Concursal, no a los acreedores, sin perjuicio de que el Juez del concurso pueda acordarla de oficio, lo que no significa que aquéllos deban pedirla y éste acordarla de manera arbitraria o por sistema, sino únicamente si concurren los requisitos exigidos para adoptar una tutela cautelar que es instrumental de una pretensión de condena principal, la del art. 172.3 LC*».

226. Recomendamos la lectura de REBOLLO DÍAZ, P., «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, N° 11, 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital; trabajo en el que se analiza la ajenidad de la goza el cómplice en las distintas medidas cautelares que con carácter específico se regulan en la norma concursal.

Tribunal a la hora de fijar doctrina en lo que respecta a esta pretendida responsabilidad en cascada en el ámbito concursal²²⁷.

- (ii) Ámbito objetivo: tipo de medida a adoptar, *quantum* y su eventual sustitución por aval

El actual art. 133 TRLC —en análogos términos a lo que ya preveían sus predecesores arts. 48. *ter* LC y 48.3 LC—, es claro al preceptuar que el objeto de esta discrecional medida cautelar queda reducido única y exclusivamente al embargo de bienes y derechos, quedando así excluida la adopción del resto de posibles medidas cautelares que, por el contrario, sí podrían tener cabida en atención al régimen general establecido en los arts. 721 y ss. LEC²²⁸, lo que en última instancia no es más que el reflejo de la finalidad que esta medida *ex lege* presenta: vincular mediante el «embargo de bienes y derechos» del patrimonio —finito— de los sujetos que pueden verse afectados²²⁹ (1) bien por una probable condena a la cobertura del déficit concursal en lo que respecta a los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada —así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella decla-

227. Nótese que, si bien estamos expectantes a lo que entendemos será una inminente fijación de esta doctrina por nuestro Tribunal Supremo —recuerde que, en nuestra opinión, es probable que ello suceda próximamente por cuanto en virtud del Auto de 14 de febrero de 2024 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. D. Francisco Martín Castán) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A), por el que se acuerda admitir a trámite los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 979/2021, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en el rollo de apelación núm. 1614/2020—, esta controversia en todo caso podría quedar igualmente resuelta en caso de que, finalmente, nuestro legislador colmase su silencio con una reforma legal expresa al efecto.

228. *Vid.*, Auto núm. 63/2019, de 10 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín) (JUR\2019\138092) (ECLI: ES:APB:2019:1929A): «En primer lugar, no tiene sentido alguno la adopción de una medida cautelar distinta a la del embargo preventivo cuando lo que se pretende es exclusivamente garantizar un eventual pronunciamiento de condena al pago de una cantidad. Solo el embargo preventivo es instrumentalmente adecuado para garantizar ese tipo de pronunciamientos, lo que descarta la posibilidad de adoptar una medida distinta, como ha hecho el juez del concurso». En la misma línea destaca el Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A) que «parece que queda fuera de toda duda que las únicas medidas cautelares a acordar por el juez del concurso, son las previstas expresamente en la normativa concursal, pues si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal (en cuanto ésta no contemple normas procesales especiales), dicha omisión no concurre en el caso de las medidas cautelares en la normativa concursal que prevé expresamente el tipo y sujetos pasivos de las mismas».

229. GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial, Notarial y Registral* (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-1346-678-1, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), pp. 607-614, p. 612.

ración—, (2) bien por resultar personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso en el caso del socio o socios que deban pechar con ello.

Este «embargo de bienes y derechos», en lo que a su cuantía se refiere, vemos cómo el legislador español en la redacción finalmente dada al art. 133 TRLC ha rescatado la apostilla de «*por la cuantía que el juez estime bastante*» para lo que, como un primer paso en su cuantificación, entendemos que debemos partir de la ya referida definición que encontramos en el art. 456 TRLC de lo que debe considerarse como déficit concursal —al menos a los efectos de esta eventual condena y, por ende, consideramos que también respecto de esta medida cautelar para cumplir con la necesaria instrumentalidad de la que toda medida cautelar debe gozar—, entendido éste como la diferencia que pudiese existir entre el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal y la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores²³⁰, quedando así incontrovertidamente excluidos *ex lege* los créditos contra la masa de la eventual condena *ex* 456 TRLC.

Nótese no obstante que este déficit no debe equipararse con una suerte de automatismo con el *quantum* de esta discrecional medida cautelar ya que, a nuestro juicio, el juzgador deberá atender al menos a dos criterios adicionales, por cuanto como recordará el lector, esta eventual condena al déficit podría ser (1) a la cobertura total o solo parcial del mismo y (2) en caso de pluralidad de posibles condenados al mismo, se deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos en atención a la participación en los hechos que el juzgador pueda considerar como determinantes en la calificación de culpabilidad del concurso, estando vetada cualquier tipo de imputación generalista y huérfana del necesario razonamiento pese a que, reconocemos, ello puede resultar complicado si esta medida se adopta en un momento inicial del procedimiento concursal²³¹. Ahora bien, esta especial y discrecional medida cautelar del embargo de bienes y derechos —por la cuantía que el juez estime bastante—, «*podrá*» ser sustituida por aval de entidad de crédito a solicitud del afectado por la medida cautelar; nueva discrecionalidad legal que podría considerarse que se desprende de la literalidad del precepto que, no obstante, ha sido matizada por nuestra doctrina, en la que al menos una parte de ella abo-

230. Quedando así incontrovertidamente excluidos de su cómputo, *ex lege*, los créditos contra la masa, debiendo reiterarse que, con independencia de las posibles críticas que puedan realizarse de esta opción legislativa, ésta debe ser en todo caso respetada.

231. *Vid.*, entre otros, el Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A) y el Auto núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (JUR\2009\176630).

gada por la necesidad de atender a esta petición si verdaderamente la petición cumple con los requisitos legalmente exigidos²³².

- (iii) Presupuestos específicos exigidos por la norma concursal *ex art. 133 TRLC*. Aun cuando la regulación de esta específica medida es ciertamente exigua, como ya habrá podido advertir el lector el art. 133 TRLC sí que exige unos requisitos o presupuestos específicos que, cumulativamente, deben concurrir para que pueda adoptarse esta medida cautelar:

— El relativo al momento temporal, pues es el auto de declaración de concursal el que marca el *dies a quo* a partir el cual el juzgador podrá acordar la adopción de esta medida cautelar.

Ello hace que podamos efectuar dos importantes reflexiones: (1) la ya realizada *ut supra*, que imposibilitaría, entendemos adelantar temporalmente su adopción acudiendo al régimen general del art. 730.2 LEC —sin perjuicio de las específicas «*Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso*» que se regulan en el art. 18 TRLC para adoptar no sobre estos posibles sujetos afectados en la sección de calificación, sino sobre el patrimonio del propio deudor— y (2) el hecho de que, pudiendo éstas ser adoptadas en el momento más primigenio del procedimiento, pueda ser complicado apreciar la existencia de una fundada posibilidad de afectación de estos posibles sujetos a una condena a la cobertura total o parcial del déficit e, incluso respecto de este último, cabe incluso la posibilidad de que por el momento temporal ni siquiera sea posible acudir a su cuantificación atendiendo a los parámetros fijados en el art. 456 TRLC, en cuyo caso tendría que ser al menos fijado de manera estimativa²³³.

— Resulta asimismo imprescindible que se dé la triple «*posibilidad fundada*» de que: (1) el concurso se califique como culpable, (2) que vaya a existir déficit concursal conforme a la nueva definición del art. 456 TRLC —es decir, que el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior

232. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Los efectos de la declaración del concurso», en AA.VV. *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* (Dir. por PULGAR EZQUERRA, J.), La Ley, ISBN 978-84-8126-441-8, 2012, pp. 239-286, p. 275.

233. En GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», *cit.*, pp. 607-608, el autor reflexiona sobre esta cuestión significado lo habitual es que esta medida cautelar se adopte en un momento temporal en el que ya se ha llevado a cabo por la administración concursal la emisión del informe por cuanto será entonces cuando (i) se pueda tener una primera aproximación a los motivos que podrían haber abocado a la sociedad a la situación de insolvencia y, (ii) por ende, también a la posible concurrencia de alguna de las presunciones *iuris et de iure* o *iuris tantum* respectivamente contenidas en los arts. 443 y 444 TRLC, (iii) lo que hará posible determinar si existe o no déficit concursal en atención a la nueva definición ofrecida por art. 456 TRLC. Ahora bien, insistimos, la configuración legal de esta medida abre la puerta a la posibilidad de que sea acordada incluso con carácter previo a la emisión de este informe, en cuyo caso deberá al menos estimarse el *quatum* de este futuro déficit concursal.

a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores— y (3) que las personas frente las que se adopte la medida no solo se encuentren, en el plano abstracto, dentro del elenco subjetivo del art. 133 TRLC, sino de que vayan a ser personas afectadas por ella con la condena a la cobertura total o parcial del déficit con la correlativa y apriorística individualización de la concreta condena a la que cada uno de ellos se podría enfrentar *ex art. 456 TLRC*²³⁴.

Esta triple posibilidad fundada, a fin de poder garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, deberá ser objeto de específico razonamiento por el juzgador al momento de su adopción²³⁵, lo que no obstante no debe hacernos olvidar que nos encontramos ante un incidente de medidas cautelares que no puede convertirse en una anticipación de la tramitación de la sección de calificación.

El razonamiento exigido al juzgador en torno al art. 133 TRLC entendemos que debe enmarcarse dentro del tan meramente juicio apriorístico inherente a toda medida cautelar sin que resulte exigible ni, tampoco procedente, llevar a cabo un enjuiciamiento de la culpabilidad concursal con un carácter plenario, puesto éste solo podrá ser objeto de la ulterior sección de calificación.

- (iv) Presupuestos *ad extra* exigidos por aplicación subsidiaria del régimen general de la LEC: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y proporcionalidad de la medida *ex arts. 728 y ss. LEC*

La regulación de esta medida cautelar actualmente contenida en el art. 133 TRLC (anterior art. 48 *ter* LC y antiguo art. 48 LC), ha sido tradicionalmente configurada por nuestro legislador de manera sucinta ofreciendo, entendemos, tan solo las particularidades o especialidades de las que ésta goza lo que, en la opinión mayoritaria tanto de nuestra doctrina como de nuestros juzgados y tribunales, hace necesario acudir al régimen general de las medidas cautelares regulado en nuestra Ley Enjuiciamiento Civil, máxime cuando, recordemos, ésta es expresamente considerada como norma de carácter supletorio *ex art. 521 TRLC*.

234. Recuérdense, a tales efectos, los ya referidos Autos núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A) y núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá) (JUR\2009\176630).

235. No olvidemos que, pese al ámbito de discrecionalidad que se le otorga al juzgador respecto de la posibilidad de adoptar o no esta medida cautelar, el propio art. 133.5 TRLC prevé la posibilidad de que cualquier afectado por la medida cautelar pueda interponer un recurso de apelación contra el auto en el que ésta se adopte, en cuyo caso esta argumentación resultará vital.

Acogiendo esta postura mayoritaria²³⁶, deben ser tenidos en cuenta dos extremos:

- Ello implicaría que serían también exigibles, *ad extra*, los presupuestos generales regulados en el art. 728 LEC —(1) *fumus boni iuris* y (2) *periculum in mora*, junto con la inherente necesidad adicional de la (3) proporcionalidad de la medida²³⁷—, no siendo por el contrario exigible la general obligación de prestación de caución tras haber sido ya tal extremo descartado por la nueva dicción que nos ofreció el art. 133.3 *in fine* TRLC.
- Al no preceptuarse en el art. 133 TRLC ningún procedimiento específico respecto del modo en que debe ser enjuiciado por el juzgador la posible adopción —o no— de esta medida cautelar, en cuanto al procedimiento a seguir acudiremos al establecido con carácter general en el art. 730 LEC; procedimiento a seguir que pasaremos a analizar de manera individualizada *ut infra*.

En todo caso, antes de adentrarnos en el cauce procedimental a seguir para la adopción de esta medida, consideramos oportuno destacar aquí a título siquiera meramente ejemplificativo algunos de los mayoritarios criterios de juzgados y tribunales en cuyas resoluciones más recientes, como ha sido anticipado, exigen *ad extra* para la adopción de esta medida los presupuestos generales exigidos en el art. 728 LEC, esto es, los tradicionales requisitos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, así como el relativo a la necesaria proporcionalidad de la medida que se desprende de dicha regulación: el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander²³⁸, el Juzgado

236. A la que nos unimos, aun siendo conscientes de que también en este ámbito continúa existiendo controversia

237. En tal sentido, el ya referido Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A), al recoger la nota de la proporcionalidad de la medida que se exige *ex art.* 726.1 LEC, considera que debe ser interpretada en el particular supuesto de los embargos acordados por la vía de esta específica medida cautelar concursal en relación con la proporcionalidad que debería existir entre gravedad de la medida solicitada y la cuantía que se prevé del riesgo de déficit concursal.

238. *Vid.*, entre otros, su Auto núm. 180/2020, de 3 de noviembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta) (JUR\2021\301797) (ECLI: ES:JMS:2020:414A): «*El embargo preventivo de bienes es una de las medidas cautelares específicas o típicas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su art. 727.1ª, y expresamente habilitada por el antiguo art. 48 ter de la Ley Concursal (LC), hoy art. 133 TRLC («embargo de bienes») (...) El auto que resuelva la solicitud de medida (art. 735.2 LEC) debe, caso de entender que concurren los requisitos legales, periculum in mora y fumus boni iuris, acceder a la solicitud de medidas, que se acordarán precisando el régimen a que han de estar sometidas...».*

de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona²³⁹ y el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona²⁴⁰.

(v) Cauce procedimental

Ante la ausencia de una norma específica en el TRLC que marque el cauce procedimental a seguir para la adopción de la medida cautelar del art. 133 TRLC, ante la expresa remisión a la LEC que efectúa con carácter supletorio el art. 521 TRLC, aun cuando no existe todavía un total consenso al respecto nos unimos a las voces claramente mayoritarias que, hoy día²⁴¹, abogan por acudir al procedimiento general establecido en los arts. 730 y ss. LEC.

Nótese que ello no resulta ni mucho menos baladí por cuanto, en aplicación de este régimen general de la LEC, cabría la posibilidad de que, aun guardando silencio la norma concursal, pudiese interesarse la adopción de esta medida *in audita parte*²⁴² sin perjuicio de que, igualmente en aplicación de la LEC, se les conceda a los afectados *a posteriori* la posibilidad de formular oposición²⁴³.

239. Muestra de ello significamos algunas de sus más modernas resoluciones judiciales: Auto núm. 444/2021, de 15 de junio (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A), Auto núm. 445/2021, de 15 de junio (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2023\250494) (ECLI: ES:JMB:2021:6612A) y Auto 446/2021, de 15 de junio (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\265007) (ECLI: ES:JMB:2021:2216A).

240. *Vid.*, a tal efecto, los siguientes Autos dictados por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona: Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A), Auto núm. 340/2022, de 15 de junio (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Giménez García) (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A), Auto núm. 329/2022, de 8 de junio (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\162309) (ECLI: ES:JMB:2022:3575A), Auto núm. 42/2022, de 28 de enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2022\183362) (ECLI: ES:JMB:2022:1337A) y Auto núm. 407/2021, de 15 de noviembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2022\15296) (ECLI: ES:JMB:2021:4030A).

241. Conviene significar que, ante este silencio en la norma concursal, en un primer momento una parte de la doctrina abogaba por aducir a los cauces del incidente concursal. *Vid.*, ORTELLS RAMOS, M., «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva ley concursal)», en AA. VV. *Las claves de la Ley concursal (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., QUINTANA CARLO, I y BONET NAVARRO, Á)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 84-9767-491-X, 2005, pp. 113-162, p. 154.

242. *Vid.*, entre otros, el Auto de 6 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Bárbara Córdoba Ardao) (JUR\2015\303090) (ECLI: ES:JMB:2014:161A), así como el Auto de 13 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) (JUR\2007\374159).

Nótese a este respecto que, aun cuando en ocasiones se ha tratado de defender la adopción de esta medida cautelar *in audita parte* tratando de acudir a la facultad que el legislador concede al juzgador para su posible adopción de oficio, en nuestro humilde entender tal posibilidad no deriva de ello sino de la procedencia de acudir al régimen general contenido en la LEC, como acaba de ser expuesto.

243. En tal sentido el Auto núm. 31/2020, de 3 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca) (JUR\2020\216567) (ECLI: ES:APV:2020:1224A), es claro al determinar que, de no concederse tal facultad de oposición, no solo

No obstante lo anterior, aun cuando se sigan para su adopción las reglas procedimentales contenidas en la LEC, debe significarse especialmente que, dada la particular configuración que el legislador ha dado a esta medida cautelar en lo que a su legitimación activa se refiere, en especial por lo que respecta a la posibilidad de que el propio juez pueda acordarla de oficio, ello deriva en la existencia de ciertas particularidades jurídico-procesales: (1) ello conlleva, entendemos —aun sin existir pleno consenso al respecto— en el otorgamiento de la facultad del juzgador no solo para subsanar aquellos defectos de los que pueda adolecer la petición que sea realizada por la administración concursal, lo que podría tener un efecto «sanador» de los mismos sino que, incluso y si cabe más importante, (2) abre la posibilidad a que el juez se aparte de los términos en los que dicha solicitud haya podido ser formulada sin vulnerar con ello el deber que congruencia al que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico, tal y como ya han tenido ocasión de determinar nuestros juzgados y tribunales²⁴⁴.

(vi) Régimen de recursos

El art. 133.5 TRLC sí que contiene una previsión específica en lo que respecta al régimen de recursos que debe regir en esta materia, determinando al efecto que *«contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cualquier afectado podrá interponer recurso de apelación»*.

se contravendría el régimen general de la LEC sino que, además, se privaría al afectado de la primera instancia, determinándose literalmente al efecto con, a nuestro juicio, acierto, que: *«Es cierto que el art. 48 ter. 3 LC refiere de manera general que, contra el Auto que resuelva la medida cautelar, cabrá recurso de apelación. No señala el precepto especificidad para el caso, como el presente, en el que la medida se ha adoptado in audita parte. Si en este caso interpretáramos que el destinatario de la medida acordada ha de acudir al recurso de apelación, además de quedar privado este de una instancia, se vería en la necesidad de realizar sus alegaciones y proponer prueba en la alzada. Eso es lo que se pretende, en franca oposición a los principios procesales de audiencia y contradicción, y de revisión en la alzada de acervo argumental y fáctico introducido en la primera instancia. Es por ello que, cuando el cap. II del Tit. VI de la LEC establece el procedimiento para la adopción de medida cautelar, señala en el art. 733.2 que cuando esta se adopte sin audiencia no cabrá directamente el recurso de apelación, sino que se dará trámite de oposición al interesado conforme al capítulo III. Dado que el art. 48 ter LC no hace expresa referencia a esta situación, debemos acudir a la norma supletoria agotando la audiencia en primera instancia antes de acudir a la segunda. Solo así se asegura el orden procesal en la relación de instancias así como el derecho de defensa»*.

244. V.gr. el Auto núm. 114/2012, de 26 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta Rallo Ayezcurrent) (AC\2012\2318) (ECLI: ES:APB:2012:7316A), quien destaca tal posibilidad en los siguientes términos: *«Sobre la incongruencia alegada. Según la parte apelante, la resolución incurre en vicio de incongruencia al haber acordado como medida cautelar el embargo de las participaciones de los recurrentes en la sociedad Aika, cuando dicha medida no fue solicitada por la AC en el escrito de demanda ni tampoco posteriormente, en el acto de la vista de las medidas cautelares. Por ello, dice el recurso, habría incongruencia por exceso extra petitum o ultra petitum. (...) Vista la amplitud de las facultades que el precepto atribuye al órgano jurisdiccional, en cuanto a la adopción misma de la medida de embargo y a su alcance, no puede apreciarse la incongruencia alegada»*.

Ahora bien, aun siendo indiscutible la necesidad de acogerse a la especial vía fijada por el legislador en la norma concursal, no queremos concluir el análisis de esta cuestión sin reflexionar sobre el hecho de que, en el marco de esta casi total discrecionalidad que se le otorga al juez del concurso en relación con esta medida cautelar, el juzgador pueda modificar o alzar esta medida cautelar que eventualmente hubiese ordenado en aquellos supuestos en los que durante la tramitación del procedimiento concursal se evidenciase si cabe de manera sobrevenida el incumplimiento de algunos de los requisitos y presupuestos exigidos para su adopción. Y ello por cuanto, si bien esta posibilidad la hemos planteado aquí a modo si se quiere de reflexión en el plano abstracto, lo cierto es que ya cuenta con precedentes judiciales que avalan tal posibilidad²⁴⁵, entendemos, con acierto, pues aun cuando ello no está expresamente previsto, resulta coherente con el espíritu de esta especial y discrecional medida cautelar.

2. LA PERVIVENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LA VÍA SOCIETARIA DEL ART. 241 TRLSC TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA DEL ART. 37 BIS TRLC

La sección de calificación concursal es la vía por la que se puede exigir la responsabilidad al órgano de administrador societario por aquellas conductas que, a juicio de nuestro legislador, merecen el reproche de la calificación de culpabilidad y, la eventual sentencia de calificación *ex art.* 455 y 456 TRLC será la

245. Vgr. en tal sentido, el ya referido Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (Ponente: Ilmo. Sr. D. César Amabilio Suárez Vázquez) (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A), cuyo razonamiento jurídico hemos considerado oportuno extraer aquí: *«En este orden de cosas, se había tomado en cuenta en la resolución inicial que el hecho de que nos encontremos en un escenario de insuficiencia de masa, y que la AC manifestara, de modo reiterado, que carecía de la información necesaria, sin que la concursada hubiese puesto a disposición de la misma en manos del órgano auxiliar del juez del concurso, constituía un fumus boni iuris suficiente para la adopción de la medida cautelar, cuya urgencia viene dada por la necesidad de evitar que se produzca una dejación de las eventuales responsabilidades patrimoniales respecto de la concursada, a la que se estaría privando de la posibilidad real de subsistir como empresa y de subvenir al pago, siquiera parcial, de sus créditos en el concurso. Sin embargo, de la prueba documental aportada por la concursada y su administrador societario, así como de la prueba practicada en la vista, señaladamente las testificales de D. Luis Enrique, asesor fiscal de CLÍNICAS VERDI, D. Adrián, abogado instantáneo del concurso, y de D. Ángel Daniel, consultor estratégico, se desprende que la convicción indiciaria a la que se había originariamente llegado, y que era la determinante de la concesión de la tutela cautelar, debe variar, y ello sin menoscabo de una eventual actividad probatoria por la parte solicitante en el seno del procedimiento concursal, al haberse evidenciado una serie de circunstancias de naturaleza fáctica que, en sede de procedimiento separado cautelar, producen el efecto de romper la causalidad atribuida por la parte solicitante. (...) con los argumentos arriba expuestos, se entiende necesario el alzamiento de las medidas».*

que, en última instancia, plasme el impacto que éste deberá sufrir —al igual que el resto de sujetos afectados por la calificación— en su patrimonio particular.

Ahora bien, siendo ello así, llegados a este punto consideramos oportuno realizar algunas reflexiones relativas a la responsabilidad del administrador societario en los supuestos de declaración de concurso sin masa de los actualmente regulados en el art. 37 *bis* TRLC; supuestos en los que no resulta posible someter la actuación del administrador al enjuiciamiento en la sección sexta, quedando vedada esta vía por excelencia de exigibilidad de la responsabilidad concursal.

Para ello, comenzaremos exponiendo aquí, si quiera sucintamente, cuáles son las principales particularidades inherentes al concurso sin masa cuya regulación, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 22/2022, de 5 de septiembre, nos ofrece en el art. 37 *bis* TRLC un nuevo régimen que supera al tradicionalmente conocido como «concurso exprés», anteriormente regulado en el antiguo art. 176.*bis*.4 LC, por cuanto esta nueva regulación ha traído de la mano importantes novedades que reconfiguran una figura jurídica a la que venían acogándose muchas sociedades mercantiles que llegaban a la situación concursal con una insolvencia que podría calificarse, si se nos permite la expresión, extrema.

Y, a este respecto, lo primero que debe significarse es que, con el actual régimen contenido en el art. 37 *bis* TRLC se ha incrementado el número de deudores que pueden acogerse a esta figura, habiendo determinado nuestro legislador que nos podemos encontrar ante la concurrencia de un «concurso sin masa» susceptible de acogerse a esta reformada figura cuando concurren los siguientes supuestos que por orden se enumeran en el citado artículo: (a) «*el concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables*», (b) «*el coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal*», (c) «*los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento*» y (d) «*los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos*».

Siendo estos cuatro los posibles supuestos que, desde la reforma operada por la Ley 16/2022, se recogen en la norma concursal como susceptibles de quedar amparados por el paraguas de la regulación del concurso sin masa, debe señalarse que, si de la solicitud de concurso y los documentos que a la misma se acompañan se desprende que nos encontramos ante alguno de ellos, el juzgador deberá atender a la especial regulación dada los concursos sin masa contenidas en los arts. 37 *ter*, 37 *quater* y 37 *quinquies* TRLC.

Ahora bien, esta especial regulación, en nuestro humilde criterio, nos ofrece una de las figuras en las que, a día de hoy, mayores lagunas o silencios legislativos encontramos, lo que ha tratado de ser solventado o, al menos, paliado, por nuestros jueces y magistrados, en ocasiones incluso a través de la vía de los acuerdos que se están adoptando en las diversas plazas a fin de completar cuáles serán las reglas a seguir en su tramitación²⁴⁶.

246. Vgr., el Encuentro de la Jurisdicción Mercantil de Andalucía. Concurso sin masa. Granada 10 y 11 de Noviembre de 2022, así como los Acuerdos de Unificación de Criterios en Derecho

En todo caso, estas «reglas del juego» del concurso sin masa nos ofrecen una abreviada tramitación que, sucintamente y a los solos efectos de contextualizar la reflexión que aquí realizamos en torno a la responsabilidad del administrador, pasamos a resumir:

- (i) El auto de declaración de concurso: especial contenido y publicidad
El juzgador, si considerase que de la solicitud de declaración de concurso —y sus documentos, lógicamente— se evidenciase que el deudor se encuentra en alguna de las posibles cuatro situaciones *ut supra* expuestas recogidas en el art. 37 *bis* TRLC, dictará auto declarando el concurso de acreedores con expresión del pasivo que resultase de la documentación anexa a la solicitud, sin efectuar más pronunciamientos en él, acordando en todo caso darle la oportuna publicidad a través de la publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y en el Registro Público Concursal.
- (ii) Llamamiento a los «acreedores cualificados» y posibilidad de nombramiento de administrador concursal para la emisión de informe
En la publicación del auto se incluirá el llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo²⁴⁷ a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal²⁴⁸

Concursal de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, Criterios sobre concurso sin masa de persona física, Diciembre de 2023.

247. Cinco por ciento que, aun cuando nuestros juzgados y tribunales están aceptando su cuantificación sobre la propia documentación aportada por el deudor en su solicitud de concurso, ello no obsta a que éste sea un extremo susceptible de generar grandes controversias en la práctica judicial en aquellos supuestos en los que existan eventualmente acreedores que no estén conformes con el pasivo que le ha sido reconocido si éste puede afectar al mínimo de este cinco por ciento exigido. A buen seguro, en la práctica forense se irán perfilando posibles criterios jurisprudenciales para dar solución a estas situaciones —*v.gr.*, quizás acudiendo a la figura del incidente concursal para discernir si estarían o no al menos *prima facie* facultados para ello—.

248. Nótese que la retribución de este administrador concursal nombrado a instancia del acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo, será fijada en el mismo auto en el que se proceda a su nombramiento, determinando expresamente el art. 37 *quater*. 1 TRLC que «*su satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado*». Ello está siendo objeto de crítica en la doctrina por cuanto puede desincentivar a estos acreedores cualificados a la hora de acogerse a esta medida de protección que el legislador les ha otorgado, máxime cuando tampoco existen criterios claros que permitan fijar su *quantum* ofreciendo la práctica forense dispares criterios al respecto —*v.gr.* en el Auto de 15 de noviembre de 2022, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto Talens Seguí) (JUR\2022\448202), en el que, de las distintas fórmulas posibles, el juzgador opta por la que consiste en establecer una cuantía fija en función del pasivo del deudor, a multiplicar por un número de horas proporcional al mes que se tiene para la elaboración del informe—. Ahora bien, no debe olvidarse que, en última instancia, esta opción legislativa se configura como un contrapunto que intente evitar peticiones infundadas y generalizadas que aumenten tanto los costes como los tiempos de este procedimiento especial en contra del espíritu con el que ha sido incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico.

para que, en el plazo de un mes a computar desde su aceptación, y con la correlativa obligación del deudor *ex art. 37.2 quater* TRLC de facilitarle toda la información que le sea requerida al efecto, presente un «*informe razonado y documentado*» sobre si existen o no «*indicios suficientes*» respecto de tres particulares extremos preceptuados en el art. 37 *ter* TRLC: (1) de que «*el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles*» conforme a la norma concursal, (2) «*para el ejercicio de la acción social de responsabilidad*» contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica²⁴⁹ y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados y (3), de que «*el concurso pudiera ser calificado de culpable*».

(iii) Los posibles escenarios en su tramitación

Tras el dictado del auto y su publicación con este particular llamamiento a los «acreedores cualificados» la continuación de su tramitación se bifurca en función de la actuación que éstos lleven a cabo:

- Si ninguno de ellos solicita el nombramiento de administración concursal, en el caso de que el deudor sea persona natural, se encontrará facultado para presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho²⁵⁰, encontrándonos ante un silencio legal respecto de las específicas consecuencias para el supuesto de deudor persona jurídica

249. Éste es otro de los ejemplos que evidencian que la figura del de la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica no es ajena a la norma concursal y, sin embargo, el legislador ha optado —con acierto o no— por no incluirla dentro del específico ámbito subjetivo que en la norma concursal se delimita de las posibles personas afectadas por la calificación de culpabilidad del concurso *ex art. 455* TRLC.

250. Respecto de la exoneración del pasivo insatisfecho prevista para la persona física —matéria que excede del objeto del presente trabajo que pasa por el análisis del impacto que tiene la responsabilidad concursal en el patrimonio del administrador societario en los supuestos de concurso de persona jurídica—, se recomienda la lectura, entre otras, de: (i) la reciente obra colectiva TOMÁS TOMÁS, S. *ET AL*, «La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas» (Dir. y Cord. TOMÁS TOMÁS, S., CASTILLO FELIPE, R., FLORES SEGURA, M. y SÁNCHEZ PAREDES, M.L.), Atelier, ISBN: 9791387543518, 2025, DOI: <https://doi.org/10.71237/CTBamnPv>; (ii) TOMÁS TOMÁS, S., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N.º. Extra 58, 2023, pp. 85-140; y (iii) CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N.º. 56, 2022, pp. 101-120.

ca, lo que parece derivarse directamente en la finalización del procedimiento²⁵¹.

- En aquellos casos en los que sí se solicite el nombramiento de administrador concursal y se emita el referido «razonado y documentado» informe, se abren dos nuevos «sub-escenarios»: (a) si en él se apreciase indicios en alguno/s de los tres extremos analizados, el juzgador deberá dictar auto complementario con los demás pronunciamientos inherentes a la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación, continuando el procedimiento conforme a lo dispuesto en el propio TRLC, estableciéndose asimismo *ex lege* la obligación de la administración concursal para ejercitar las acciones rescisorias y/o las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurra el plazo de un mes desde la presentación de su informe y (b), por el contrario, de no apreciarse «indicios suficientes», ante el nuevo silencio legislativo del que adolece esta regulación nos decantamos por considerar que, en lógica coherencia con el espíritu de este abreviado procedimiento, éste estará abocado a su directa conclusión.

A la vista de lo anterior, en caso de que el deudor persona jurídica se acoja al especial sistema del concurso sin masa regulado en los arts. 37 *bis* y ss. TRLC y éste concluya sin que se lleve a cabo el dictado del referido auto complementario *ex art. 37 quinquies* TRLC, como ha sido anticipado *ut supra* ello supondrá que no tendrá lugar la tramitación de la sección de calificación y, por ende, también la inexistencia de un procedimiento en el que la conducta del administrador social pueda ser objeto de enjuiciamiento bajo el prisma de la responsabilidad concursal.

Nótese, además, a estos efectos, que no puede no resultar infrecuente que en la práctica forense nos encontremos ante sociedades deudoras que acudan a este concurso sin masa del art. art. 37 *bis* TRLC tras haber llevado a cabo una suerte de «despatrimonialización más o menos ordenada», si se nos permite la expresión, que en ocasiones pueda escapar al enjuiciamiento del juez del concurso ya sea por la vía de las acciones de reintegración, ya sea por la vía de la apertura de la pieza de calificación, en aquellos supuestos en los que se produce la directa conclusión del procedimiento concursal bien porque no llegue a interesarse este nombramiento de administrador concursal para emitir el referido «razonado y

251. Ahora bien, esta no es la única laguna por cuanto, como así de destaca, entre otros, en el Auto núm. 151/2024, de 21 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguera) (JUR\2024\400217) (ECLI: ES:JMC:2024:31A), nos enfrentamos ante diversidad de las aristas que quedan sin resolver como la relativa a la subsistencia de relaciones laborales vigentes a la fecha del dictado del auto, en el que se concluye para poder dar solución a este tipo de problemas prácticos que «aunque el auto de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa no lleve expresamente asociado un efecto disolutorio de la compañía, debemos entender que esta resolución provoca la disolución implícita de la sociedad y la conversión de los administradores en liquidadores».

documentado» informe regulado del art. 37 *ter* TRLC²⁵², bien por cuanto, aun nombrándose, en el breve plazo conferido para ello el administrador no es capaz de hallar «*indicios suficientes*» que permitan sustentar el dictado del auto complementario.

No podría considerarse ajustado a Derecho, entendemos, una interpretación del marco legal que sustrajese definitivamente en estos casos la facultad de los acreedores sociales insatisfechos de, al menos, interesar por la vía societaria del art. 241 TRLSC el enjuiciamiento de la conducta del administrador; ello siendo conscientes de que el planteamiento de una reforma legal que posibilitase si quiera la introducción de una abreviada sección de calificación en los supuestos de concurso sin masa desvirtuaría las bondades de un procedimiento que, si no comienza a dar ni tan siquiera sus primeros pasos, es porque resultaría a todas luces antieconómico.

Por ello entendemos que esta eventual conclusión directa del concurso sin masa no implica una «sanación» o «neutralización» de los eventuales reproches que puedan realizarse a la conducta del administrador no solo con posterioridad a la conclusión del concurso como consecuencia de automática conversión que se produciría *ex art.* 376 TRLSC hacia la figura del liquidador²⁵³ sino también, y no menos importante, tampoco respecto de las conductas previas.

Consideramos así que en todo caso podría llevarse a cabo un enjuiciamiento desde el plano de la acción individual de responsabilidad de administradores de su conducta tanto post, como previa a la declaración y conclusión del concurso de la sociedad que administraba ya que, entendemos, los acreedores de la extinta sociedad todavía tendrían una verdadera herramienta de protección al poder acudir a la vía de la acción individual de responsabilidad del administrador *ex art.* 241 TRLSC²⁵⁴, debiendo significarse no obstante en todo caso que esta vía

252. Piénsese, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que, bien de manera intencionada —*v.gr.*, se podrían haber pagado de manera selectiva las deudas de aquellos acreedores que pudiesen mostrar una mayor beligerancia por contar quizás con una mayor información o un mayor importe de su deuda—, bien por el devenir natural de cosas —*v.gr.* existiendo una total fragmentación en los acreedores—, el pasivo que se acompaña a la solicitud de concurso sin masa no incluye a acreedores cualificados a los efectos del art. 37 *quater* TRLC que estuviesen incentivados para solicitar el nombramiento de este administrador concursal, máxime cuando, además, ellos serían quienes tendrían que satisfacer la retribución que, con gran discrecionalidad, pudiese fijarse al efecto por el juzgador.

253. Respecto de las posteriores, tal y como continúa destacando el referido Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguer) (JUR\2024\400217) (ECLI: ES:JMC:2024:31A), en la medida en que se produciría *ex art.* 367 LSC la conversión automática del administrador en liquidador, ello conllevaría a considerar que todas las actuaciones liquidatorias que pudiesen resultar necesarias podrían ser enjuiciadas por la vía de la responsabilidad societaria regulada en el TRLSC para la figura del liquidador.

254. Conviene significar aquí que, en aquellos casos en los que la solución concursal es liquidatoria, como inexorablemente se produce en el caso del concurso sin masa, los efectos que se prevén en el art. 132 TRLC bajo la rúbrica de «*Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora*», podría considerarse que devienen en definitivos perviviendo como vía para exigir una responsabilidad resarcitoria al administrador única y exclusivamente la acción individual regulada en el art. 241 TRLSC—

solo podrá entrar en juego en caso de cumplirse los rigurosos requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos al efecto.

A nuestro juicio, por tanto, estos supuestos de conclusión del concurso *ex art. 37 bis* TRLC no eximen al administrador de su obligación de pechar con las consecuencias que puedan derivarse frente a él —y su patrimonio— ante determinadas conductas que se muestren especialmente reprobables, ámbito en el que podría alcanzar un especial protagonismo la acción individual de responsabilidad de administradores cuyo éxito, en todo caso, dependerá del fiel cumplimiento y acreditación de los rigurosos requisitos exigidos al efecto conforme a los últimos pronunciamientos judiciales que han perfilado o aclarado las líneas que dibujan la configuración de esta tradicional acción societaria de desarrollo netamente jurisprudencial.

A este respecto conviene recordar que el éxito de un eventual ejercicio de la acción individual *ex art. 241* TRLSC por parte de un acreedor social pasa por la acreditación de los siguientes requisitos que cumulativamente se exigen al efecto: *(i)* que nos encontremos ante un comportamiento —activo o pasivo— del administrador, *(ii)* que este comportamiento se produzca en el ejercicio de sus funciones de administrador, *(iii)* que éste sea antijurídico —esto es, que sea un comportamiento que infrinja la Ley, los estatutos sociales o que no se ajuste al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal—, *(iv)* que este comportamiento, además de poder ser calificado al menos como culposo o negligente, sea susceptible de producir un daño, *(v)* que el daño que se infiera sea directo al acreedor (tercero) que ejercita la acción, no resultando necesario que se produzca una lesión de los intereses de la sociedad y *(vi)* que exista una relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico del administrador y el daño ocasionado al acreedor²⁵⁵.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el daño sufrido por el acreedor pretenda equipararse por éste con el crédito impagado por la sociedad tras haberse acordado su concurso sin masa, para que pueda considerarse cumplida la acreditación de la existencia de un daño directo —que no meramente reflejo o indirecto— resulta necesario que exista un plus de reprobabilidad de la ilícita actuación orgánica llevada cabo por el administrador frente al particular acreedor

. Resultan muy interesantes las reflexiones realizadas respecto del impago de las deudas sociales y la responsabilidad de los administradores en caso de disolución concursal de MORALEJO MENÉNDEZ, I., *La disolución de las sociedades de capital. Cuestiones de régimen jurídico*, cit., pp. 257-261.

255. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433), la Sentencia núm. 199/2024, de 18 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez) (JUR 2024\137702) (ECLI:ES:APS:2024:399), la Sentencia núm. 59/2024 de 21 diciembre de 2023, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón) (JUR 2024\102541) (ECLI:ES:APMU:2023:3262), la Sentencia núm. 480/2024, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Escudero Rubio) (JUR\2024\259220) (ECLI:ES:APCO:2024:537), así como la Sentencia núm. 34/2023 de 17 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz) (JUR 2023\375322) (ECLI:ES:APMA:2023:2036).

demandante, quedando vedadas las genéricas acciones interpuestas por esta vía bajo una suerte de automatismo como búsqueda de un patrimonio alternativo al que dirigirse tras la insolvencia de la sociedad²⁵⁶.

Siendo éstos los requisitos que, por tanto, cumulativamente deben concurrir para el eventual éxito de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex art.* 241 TRLSC, retomando el objeto del estudio que nos ocupa, conviene significar que ya encontramos precedentes jurisprudenciales en los que se destaca que, efectivamente, como apuntábamos en la reflexión que *ut supra* realizamos, confirman expresamente que quedaría expedita la vía para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores *ex art.* 241 TRLSC en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante la ausencia de «una liquidación ordenada» tras la terminación del concurso sin masa en atención a las previsiones contenidas en el art. 37 *bis* TRLC²⁵⁷; ello, además, en línea con lo que ya se venía produciendo con motivo del antiguo «concurso exprés» del ya derogado art. 176.*bis*.4 LC)²⁵⁸.

Así pues, tal y como han destacado tanto las voces más autorizadas de nuestra doctrina como nuestros juzgados y tribunales, tras la extinción de la personalidad civil de la sociedad *ex art.* 37 *bis* TRLC, el administrador de la sociedad, convertido *ex lege* en una suerte liquidador pese a la extinción de la personalidad

256. Nótese que, de no exigirse con rigor este plus de reprobabilidad, se podría hacer pechar a los administradores con la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía cuando, realmente, esto ni se corresponde con la *mens legis* ni superaría el más mínimo filtro de legalidad al verse vulnerados los principios fundamentales de las sociedades de capital en los que se encuentra la personalidad jurídica de la sociedad y su autonomía patrimonial y exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, máxime cuando en última instancia esto quebrantaría el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro art. 1.257 CC.

257. *Id.*, entre otras, la Sentencia núm. 128/2023, de 8 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín) (JUR\2023\399041) (ECLI: ES:JMM:2023:4390): «Podría así concluirse que si la solicitud de concurso del deudor en insolvencia, además en situación de pérdidas cualificadas, sana y corta la responsabilidad *ex art.* 367 LSC por razón de las deudas posteriores a la declaración concursal; si tal declaración concursal lo es sin masa del art. 37.*bis* o exprés del derogado art. 176.*bis*.2 LCo, la ausencia de actuaciones liquidativas en el seno del concurso provoca el nacimiento en el órgano de administración de un especial deber de diligencia en acometer una ordenada liquidación societaria de los activos [-que sea un concurso sin masa en modo alguno significa que no haya patrimonio que liquidar y distribuir entre los acreedores, si bien fuera de un concurso cuyos gastos no se pueden asumir-]; por lo que no realizadas por los administradores demandados, desde enero de 2020 en adelante, tales actuaciones liquidativas, deben responder por el cauce de la acción individual; estimando este tribunal que la presencia de unos activos de 24 millones de euros a fecha del balance de 31.10.2018 permiten afirmar la relación de causalidad entre dicha conducta omisiva y el impago total o parcial del crédito».

258. Destaca al efecto CERVERA SIGNES, F., «La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 10414, Sección Tribuna, 27 de diciembre de 2023, pp. 1-14 en edición digital, p. 8, que «la declaración del concurso sin masa y posterior conclusión no exonera a los administradores societarios de realizar una ordenada liquidación societaria de los activos propiedad de la mercantil, pudiendo llegar a incurrir el administrador en responsabilidad societaria en caso de omitir dichas acciones de liquidación, atendiendo al perjuicio que pueda llegar a causarse a los acreedores».

jurídica de la sociedad, continuará sujeto al deber de diligencia exigida para realizar los actos que resultasen necesarios para llevar a cabo una liquidación ordenada del exiguo patrimonio societario que pudiese existir adoptando *ad extra* las cautelas que puedan resultar necesarias para garantizar la validez de sus actos jurídicos ante la particular y residual personalidad²⁵⁹ que perviviría de la ya la extinta sociedad²⁶⁰.

3. EL POTENCIAL IMPACTO EXTRAMUROS DEL CONCURSO DE LA TRANSACCIÓN EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN ULTERIORES PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD EX ART. 241 TRLSC A INSTANCIAS DEL ACREEDOR SOCIAL

En la medida en que, como acaba de ser expuesto, la acción individual de responsabilidad de administradores *ex art.* 241 TRLSC podría ser ejercitada, en caso de cumplirse con los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos al efecto, por el acreedor social con posterioridad a la tramitación de la sección de calificación aun en aquellos supuestos en los que la solución concursal es liquidatoria, no queremos culminar nuestro trabajo sin al menos exponer aquí algunas de las reflexiones que podemos hacernos respecto del impacto que en ella podría tener la previa tramitación de una transacción en la sección sexta en la que hubiese podido participar dicho acreedor.

A tal efecto, lo primero que debe recordarse aquí son dos de los novedosos extremos que trajo consigo Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal —reforma que, recordemos, ha sido en todo caso objeto de oportuno estudio en el Capítulo Primero del presente trabajo, al cual nos remitimos expresamente—:

- El primero de ellos, el nuevo rol concedido a los acreedores cualificados en la sección de calificación —aquellos que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros en atención a la lista provisional presentada por

259. Respecto de esta personalidad residual que pervive incluso tras la inscripción registral de extinción de la sociedad recomendamos MORALES MENÉNDEZ, I., *La disolución de las sociedades de capital. Cuestiones de régimen jurídico*, cit., destacando el autor ya desde las primeras páginas de su trabajo —acogiendo la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo —pleno— 324/2017, de 24 de mayo— que, pese a que la extinción registral conlleva a priori la pérdida de su personalidad jurídica, ésta conserva en todo caso una personalidad residual a efectos relacionados con la liquidación de la sociedad (pp. 15-17).

260. *Id.*, entre otros, el Auto núm. 196/2017, de 24 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez) (JUR\2018\51715) (ECLI: ES:APM:2017:5501A), así como el referido Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Fachal Noguera) (JUR\2024\400217) (ECLI: ES:JMC:2024:31A).

la administración concursal— y su conversión en «actores principales», tras haberles concedido el legislador la posibilidad de formular un informe propio de calificación culpable *ex art.* 449 TRLC, quedando atrás las limitaciones que en su actuación les imponía el régimen pre-reforma.

- El segundo, el expreso reconocimiento de la transacción en la sección sexta ya que, recordemos, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, positivizó la posibilidad de llevar a cabo una transacción, aunque con limitaciones²⁶¹, en la sección de calificación en el nuevo art. 451 *bis* TRLC; posibilidad ésta que no solo venía siendo solicitada por algunas de las voces más autorizadas de nuestra doctrina sino también recogida en la práctica por nuestros juzgados y tribunales²⁶².

261. Limitaciones que, recordemos, ya fueron *ut supra* destacadas en el Capítulo Primero por cuanto: (a) solo se permite transar el contenido económico de la calificación sin poder ser objeto de negociación condenas como la inhabilitación, (b) se encuentran legitimados para alcanzar una propuesta de transacción son la administración concursal, los acreedores cualificados que hubiesen presentado informes, las personas afectadas por la calificación y los cómplices, si bien ésta deberá ser autorizada —que no homologada— por el juez y (c) solo se podrá llevar a cabo tras la presentación de los correspondientes informes de calificación.

262. *Vid.*, entre otras, la Sentencia núm. 248/2017, de 8 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo) (JUR\2017\24311) (ECLI:ES:APB:2017:6265), así como la Sentencia núm. 50/2024, de 28 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Toledo (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Martín-Nieto Martín) (JUR\2024\271511) (ECLI:ES:JPPI:2024:172). El lector puede encontrar en todo un completo análisis sobre la figura de la transacción en el ámbito de la calificación en concursal en la Sentencia núm. 124/2023, de 8 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vaquer Martín) (JUR\2023\399148) (ECLI: ES:JMM:2023:4346): «1.— *Afirma el Auto del Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona de 7.2.2022 [ROJ: AJM B 779/2022] que «... De conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 9y 20 LEC, procede homologar el acuerdo transaccional arriba referenciado, por ser favorable al interés del concurso. En efecto, el acuerdo respeta la naturaleza de la sección 6ª de calificación, en la que podemos distinguir dos tipos de pronunciamientos: aquellos que son de orden público y, por tanto, indisponibles, como son la calificación del concurso como culpable, la inhabilitación de la persona afectada por la calificación o la pérdida de los derechos que esta pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, y otros de naturaleza disponibles y, por tanto, susceptibles de transacción, como serían el número de años de inhabilitación, la condena al pago de daños y perjuicios o del déficit concursal...» (...) 2.- Por su parte el art. 451.bis L.Co. [-vigente, pero no aplicable a la presente sección de calificación-] afirma, bajo la rúbrica de ‘Transacción’ que «... 1. La administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices podrán alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación. 2. La eficacia del acuerdo transaccional está condicionada a la aprobación por el juez del concurso. Presentada la solicitud de aprobación, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de esa solicitud a los personados en la sección para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que a su derecho convenga. 3. Contra el auto por el que se apruebe la transacción los personados en la sección que hubieran alegado en contra de que la transacción fuera aprobada podrán interponer recurso de apelación. Contra el auto por el que se deniegue la aprobación no cabrá interponer recurso alguno.» Se recoge e incorpora así por el Legislador la validez y eficacia del acuerdo transaccional en el ámbito de la calificación concursal, si bien limitando su eficacia y alcance negocial a los aspectos económicos y pronunciamientos de contenido patrimonial de los ordinales 4º y 5º del art. 455.2 L.Co. y art. 456 L.Co.; siendo ajenos al ámbito transaccional la pérdida de derechos y la inhabilitación. Y ello sin*

Esta doble novedad hace posible que durante la tramitación de la sección de calificación, un acreedor cualificado que hubiese presentado un informe de calificación pudiese intervenir en una eventual transacción que pudiese plantearse en la sección de calificación y que, por las particularidades que su tramitación presenta *ex art. 451 bis* TRLC, podría dar lugar a diversos escenarios y consecuencias para él dado que: *(i)* la eficacia del acuerdo transaccional que pudiese ser alcanzado, está condicionada a la aprobación, que no homologación, del juez del concurso, *(ii)* esta transacción puede ser acordada por todos o solo una parte de los legitimados para transar y *(iii)* la aprobación judicial puede llevarse a cabo incluso sin que ésta tuviese el visto de bueno de todos los personados en la sección de calificación, quienes podrán alegar en contra en el plazo establecido al efecto y, en su caso, incluso interponer recurso de apelación contra el auto que apruebe la transacción por quienes se opusieron en legal tiempo y forma a ella.

Piénsese así en la posibilidad de que un acreedor cualificado que hubiese presentado un particular informe de calificación, estando personado en la sección de calificación hubiese participado de esta transacción que eventualmente pudiese ser aprobada por el juez, bien apoyándola, bien oponiéndose en legal tiempo y forma a ella incluso agotando el sistema de recursos previsto a tal efecto. Si posteriormente éste quisiese dirigirse frente al administrador por la vía de la acción individual de responsabilidad *ex art. 241* TRLSC, ¿lo acontecido con motivo de esta transacción en la sección de calificación tendría algún impacto jurídico procesal en este ulterior procedimiento?

A nuestro juicio, aun cuando todavía es pronto para encontrarnos ante procedimientos judiciales en los que ello haya podido ser objeto de enjuiciamiento en la práctica forense que nos pudiesen aportar luz a la respuesta a este interrogante, consideramos que al menos en el plano teórico se plantean dos posibles extremos en los que merece la pena al menos reflexionar respecto de si verdaderamente tendrían —o no— un impacto relevante, tal y como pasaremos a exponer a continuación.

3.1. Su posible consideración como MASC a la luz de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

Contextualizado *ut supra* el interrogante que vertebra las reflexiones que aquí venimos a realizar, consideramos necesario centrarnos en primer lugar en el posible impacto que esta transacción en la sección sexta podría tener respecto del acreedor social cualificado que pudo haber intervenido en ella en los términos que han sido expuestos y que, posteriormente, se plantea si ésta puede col-

perjuicio de que en dicha transacción y acuerdo finalizador de la pieza de calificación puedan las partes legitimadas para instar dicha calificación, realizar renunciaciones a la acción respecto a alguno de los afectados por la calificación, modificar su calificación inicial o desistir del proceso y la acción respecto de alguno de los llamados como afectados o cómplices».

mar el novedoso requisito de procedibilidad incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico de la mano de la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

A tal efecto debemos comenzar significando que esta Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, ha llevado a cabo quizás la reforma de mayor calado en nuestro orden procesal civil tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, habiéndose introducido con ella en la jurisdicción civil —entre otras muchas novedosas cuestiones— una suerte de fase preprocesal preceptiva de negociación entre los futuros litigantes respecto de la mayoría de las controversias de esta naturaleza²⁶³.

Pues bien, aun cuando a todas luces excede del ámbito del presente trabajo el análisis de las luces y sombras, si se nos permite la expresión, que se derivan de las numerosas y de tan gran calado reformas se han producido con motivo de esta Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, sí que resulta necesario realizar aquí al menos unos sucintos apuntes respecto del nuevo requisito de procedibilidad que, como regla general, se impone en la mayoría de los procedimientos civiles tras exigirse el previo recurso a algún «*medio adecuado de solución de controversias*» (conocidos como «MASC») lo que, en atención al art. 2 de esta Ley Orgánica, debe ser entendido como «*cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral*».

A tal efecto, y sin perjuicio de la crítica que se pueda realizar a la técnica legislativa empleada, esta amplia definición entendemos que debe considerarse como una suerte de cajón de sastre en la que pueden tener cabida infinidad de acercamientos preprocesales bajo la modalidad negociadora sin que, a nuestro humilde entender, nos enfrentemos a un verdadero listado *numerus clausus* de MASC susceptibles de colmar el novedoso requisito de procedibilidad, máxime si llevamos a cabo una interpretación conjunta de este art. 2 con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025 al que *ut infra* nos referiremos.

Así pues, por lo que respecta a este requisito de procedibilidad, continúa preceptuando esta Ley Orgánica 1/2025, en su art. 5 que, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general²⁶⁴, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún MASC de los previs-

263. GÓMEZ LINACERO, A., «Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025, de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 10651, 2025, pp. 1 a 33 de la edición digital.

264. Nótese a este respecto que, si bien no desconocemos las dudas que están surgiendo en cuanto a la extensión este requisito de procedibilidad a procedimientos de índole societario como podría ser la impugnación de acuerdos sociales e incluso también en lo que respecta a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, lo cierto es que ello no puede descartarse al no establecerse ninguna previsión en el art. 5.2 in fine y 5.3 de Ley Orgánica 1/2025 en la que se establecen las excepciones que el legislador ha considerado oportunas a estos efectos (*v.gr.*, tutela judicial civil de derechos fundamentales, adopción de medidas cautelares ex art. 158 CC, adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, paternidad, maternidad, etc.).

tos en el art. 2, exigiéndose en todo caso para entender cumplido este requisito que exista una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar.

Ahora bien, si continuamos con la mera lectura de lo dispuesto en el referido segundo párrafo del art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025, vemos cómo literalmente se considera cumplido este requisito de procedibilidad si se acude previamente *«a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1.ª y 2.ª, de este capítulo o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo»*.

Los supuestos que, bajo esta previsión legal, pueden considerarse como MASC válidos a los efectos de este requisito de procedibilidad, entendemos, como acabamos de apuntar que se encuentran lejos de poder considerarse como un auténtico listado *numerus clausus* por cuanto muchas de las posibles actuaciones preprocesales que pudiesen llevarse a cabo con la finalidad de evitar el litigio podrían quedar en todo caso enmarcadas bajo la figura de la actividad negociadora, debiendo en todo caso tenerse en cuenta el modo en que, en atención a lo dispuesto en art. 10 de la citada Ley, puede acreditarse este intento de negociación, donde ya anticipamos que se exige prueba documental del fallido intento de alcanzar un acuerdo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, entendemos que atendiendo a tres parámetros esenciales podríamos acercarnos a una posible respuesta ante el interrogante que ha sido planteado: *¿puede esa transacción previa en la sección de calificación colmar el requisito de procedibilidad de un ulterior procedimiento de responsabilidad de administradores ex art. 241 TRLSC instado por un acreedor cualificado que intervino, cuando no llegase a mostrar su conformidad, en una eventual transacción en la previa sección de calificación de la sociedad administrada?*

Así pues, a nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión pasa por tener en cuenta, esencialmente, si la respuesta a los siguientes tres interrogantes es o no afirmativa:

- (i) ¿Podría considerarse esta transacción como un MASC?

En la medida en que el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2025, considera como MASC a *«cualquier tipo de actividad negociadora, recogida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas»* y, por su parte, la transacción en la sección de calificación aparece expresamente positivizada ya en el art. 451 *bis* TRLC, entendemos que la respuesta a esta primera cuestión debe ser incontrovertidamente afirmativa.

- (ii) ¿Con ella se daría cumplimiento a los requisitos de acreditación recogidos en el art. 10 de la Ley Orgánica 1/2025?

Aquí, entendemos, la respuesta se encontrará condicionada a las concretas circunstancias del caso pero, atendiendo a la generalidad con la que se permite su acreditación *ex art. 10.2 in fine* de la Ley Orgánica 1/2025 en aquellos supuestos en los que no hubiera intervenido una persona neutral —*v.gr.* piénsese en un mero intento de transacción entre el acreedor cualificado y el administrador que no llega a buen puerto y no es sometida a la aprobación del juez del concurso—, «*cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro*», parece que incluso en estos supuestos en los que no constaría por escrito una solicitud al juez del concurso para someter la transacción a su aprobación, con el envío de una comunicación fehaciente por parte de este acreedor cualificado dirigida al administrador en estos términos podría quedar colmado este requisito de prueba [*documental*].

- (iii) ¿Se daría cumplimiento al requisito de identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, exigido por el art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025?

Entendemos que éste sería quizás el extremo más controvertido a la vista del ya analizado *ut supra* distinto objeto de enjuiciamiento en la sección de calificación, dirigido a determinar si ha existido o no un comportamiento del administrador doloso o gravemente culposo que hubiese contribuido a generar o agravar la insolvencia de la sociedad, y en la acción individual de responsabilidad del administrador regulada en el art. 241 TRLSC a interponer por el acreedor social, destinado a determinar si hubo o no un comportamiento antijurídico del administrador en la específica generación del crédito del acreedor dotado de un especial plus de reprobabilidad susceptible de provocarle un perjuicio directo y no meramente reflejo.

Ello hace que, *a priori*, consideremos que no pueda considerarse cumplido este requisito de identidad como regla general sin perjuicio de que, en todo caso, si durante ese proceso negociador previo llevado a cabo en la sección de calificación entre el acreedor cualificado y el administrador —así como también eventualmente con el resto de legitimados para ello *ex art. 451 bis* TRLC—, en atención a las concretas características del supuesto de hecho, esta negociación sí que cumpliera con esta [*flexibilizada*] identidad teniendo en cuenta que el propio art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025 suaviza en cierta medida esta exigencia al preceptuar que ella se producirá «*aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar*». En estos casos, por tanto, sí que se podría cumplir también con este requisito por lo que, aun cuando deben rechazarse posibles automatismos en su cumplimiento, ello no obsta a que sí pueda cumplirse en ocasiones también este tercer acumulativo requisito.

No cabe por tanto más que concluir, en esta primera reflexión que, aun cuando como «regla general» no puede aceptarse que la transacción en la sección de calificación concursal pueda suponer un automático cumplimiento de este requisito de procedibilidad en un ulterior procedimiento judicial iniciado por el acreedor social frente al administrador societario *ex art.* 241 TRLSC, ello no obstante no impide que, en determinadas circunstancias, si se dan los condicionantes para ello que acaban de ser expuestos, sí puedan considerarse cumplidos los requisitos legalmente exigidos al efecto aun cuando los intentos de transacción llevados a cabo en la sección de calificación y el acreedor cualificado no lleguen ni tan siquiera a culminar en un posible acuerdo sometido a la aprobación judicial.

En todo caso, dada la novedad de esta gran reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 3 de abril de 2025 y, los numerosos interrogantes de que de la misma se desprenden, como ya ha tenido ocasión de alertar la práctica totalidad de la doctrina²⁶⁵, no cabe más que esperar a conocer cuál será el criterio que finalmente acojan nuestros juzgados y tribunales respecto de tan novedoso como lagunoso —si se nos permite la expresión— requisito de procedibilidad.

3.2. Otros posibles efectos reflejos de la eventual transacción alcanzada en la sección de calificación

En último lugar, a modo de cierre del trabajo que nos ocupa consideramos oportuno realizar unas adicionales reflexiones que pivotan igualmente en torno a los posibles efectos a los que se podría enfrentar el acreedor cualificado que participó, en esta ocasión en una exitosa transacción en la sección de calificación —aprobada por el juez— y que, *a posteriori*, interpone una acción individual de responsabilidad frente al administrador *ex art.* 241 TRLSC por considerar que su ilícita actuación orgánica le ha generado daños y perjuicios directos que no han sido colmados en la sección de calificación por la vía de la responsabilidad concursal.

A tal efecto y partiendo del diferente objeto de enjuiciamiento que acaba de ser expuesto *ut supra* entre la sección de la calificación y la acción individual de responsabilidad, la primera de las reflexiones que aquí vemos a realizar gira en

265. El lector podrá encontrar un análisis de los distintos elementos jurídico-procesales que se desprenden de esta novedosa introducción de los MASC en nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley Orgánica 1/2025, en BARONA VILAR, S., «Los ¿nuevos? MASC para una Justicia sostenible, entre el entusiasmo y la cautela», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N.º. 22, 2025, pp. 1-30 de la edición digital; CASTILLO FELIPE, R., VILLAESCUSA GARCÍA, C., TURMO PEÑA, M. (Coord. PEREA GONZÁLEZ, Á.), «Diálogos para el futuro judicial XCVI. MASC: claves de un nuevo paradigma (2ª Parte)», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 10693, 2025, pp. 1-12 de la edición digital; CALVO CORBELLA, J.C., «Populismo, justicia y servicio público», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N.º. 22, 2025, pp. 1 a 9 de la edición digital, pp. 7-9; así como en CORELLA TEMPRANO, M., «Las razones de los MASC: algunos indicios de la fundamentación ética de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N.º. 22, 2025, pp. 1 a 8 de la edición digital.

torno a la posible existencia o no de obstáculo procesal que impida en el plano abstracto la interposición de esta ulterior acción societaria como consecuencia de la eficacia negativa de la cosa juzgada en atención a lo dispuesto en el art. 222 LEC, en relación con el art. 400 del citado texto legal.

Nótese en este sentido que, tal y como viene exigiendo nuestro más Alto Tribunal, para que puedan desplegarse los efectos negativos de la cosa juzgada —lo que excluiría, conforme a lo dispuesto en el art. 222.1 y 3 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al previo procedimiento que culminó con resolución en sentencia firme y que afectaría a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes como así lo determina el apartado tercero del citado artículo—, se exige la plena identidad de la clásica trilogía de sujetos, cosas en litigio y causa de pedir, lo que a su vez debe ponerse en relación con los efectos preclusivos tanto de hechos como de fundamentos jurídicos recogidos en el art. 400 LEC.

Ante este marco regulatorio, consideramos que el diferente enjuiciamiento en uno y otro ámbito y las particularidades que además presenta la tramitación de la sección de calificación resultan más que suficientes para sustentar el rechazo de la existencia de un insalvable óbice procesal derivado de los efectos negativos de la cosa juzgada en estos supuestos; máxime cuando, recordemos, la beneficiaria de las condenas impuestas en sede de calificación es la propia sociedad deudora y no los acreedores que pudiesen instar la culpabilidad ni, tampoco, procesalmente cabría plantearse por el acreedor el ejercicio acumulado de la acción individual en su informe de calificación²⁶⁶.

Cuestión distinta es el posible «trasvase probatorio» que pudiese existir entre la sección de calificación y la acción individual de responsabilidad en atención a los efectos que sí que se puedan derivar de lo dispuesto en el art. 222.4 LEC donde ya no se exige esta triple identidad, cuyo análisis ya realizamos en el Capítulo Primero al que nos remitimos a fin de evitar innecesarias reiteraciones, pudiendo significarse aquí de nuevo en todo caso la importancia de exigir el fiel cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho artículo en cada uno de los supuestos a enjuiciar a la hora de permitir —o rechazar en caso de no cumplirse con ellos— este trasvase.

Así pues, expuesto todo lo anterior, únicamente restaría por apuntar un último posible efecto reflejo que se podría derivar de esta previa actuación del administrador cualificado en la previa transacción de la sección de calificación, y es el relativo al que se podría derivar en última instancia por aplicación de la doctrina de los actos propios y el valor que se le ha atribuido por la jurisprudencia.

266. Nótese que, sin embargo, en el ámbito de las distintas acciones societarias de responsabilidad de administradores, aun cuando éstas tienen un objeto igualmente diferenciado entre ellas, nuestro más Alto Tribunal sí que ha tenido ocasión de aceptar que se puedan producir estos efectos negativos de la cosa juzgada por la prevalencia que tendrían los efectos preclusivos del art. 400 LEC —*vid.*, en este sentido, la Sentencia núm. 5/2020, de 8 de enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ\2019\5388) (ECLI:ES:TS:2020:11)—.

Y es que no debemos olvidar que, en atención al necesario respeto a los principios de la buena fe y de seguridad jurídica, nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, existiendo al efecto una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada cuyo origen se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil en el que, como seguro recordará el lector, se preceptúa que *«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»*.

Es en virtud de este principio que nuestros juzgados y tribunales han considerado que es contrario a los principios de la buena fe actuar en contra de los propios actos y, de esta forma, contravenir las legítimas expectativas creadas a la contraparte²⁶⁷.

Nótese a este respecto la importancia que nuestros juzgados y tribunales le dan al necesario rechazo de pretensiones que resulten contrarias a los propios actos del actor como medio de garantía del principio de seguridad jurídica que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico, se evidencia de un modo nítido, a nuestro juicio, del hecho de que esta doctrina no solo se base en la revisión de comportamientos activos sino también incluso en pasivos, dándole el mismo valor a aquellos supuestos en los que «se guarda silencio cuando pudo hablar», si se nos permite la expresión²⁶⁸.

Así, no debe olvidarse que, al amparo de lo dispuesto en el art. 7.1 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla, reclamaciones «contrarias a los actos propios» pueden ser desestimadas de plano ya que, tal y como determina el art. 247 LEC (así como el art. 11.2 LOPJ), *«los tribunales rechazarán las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»*.

Pues bien, en atención a dicha doctrina, no sería posible acoger una ulterior pretensión ejercitada por el acreedor social frente al administrador *ex art.* 241 TRLSC si ésta pudiese ser calificada, en atención a la concreta actuación llevada a cabo por el administrador social en la previa transacción en la sección de calificación, como una actuación contraria a la doctrina de los actos propios lo que requiere, en palabras de nuestro más Alto Tribunal *«una actuación contra la buena fe por parte de quien contradice sin razón objetiva su conducta anterior*

267. *Vid.*, en tal sentido, lo dispuesto, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 380/2007 de 9 abril de 2007 (Sentencia núm. 380/2007, de 9 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés) (RJ\2007\2814), así como en la Sentencia núm. 399/2012, de 15 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno) (RJ\2012\6719) (ECLI:ES:TS:2012:4178).

268. *Vid.* en tal sentido, entre otras, la Sentencia núm. 458/2005, de 10 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández) (RJ\2005\4364), la Sentencia núm. 772/2009, de 7 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández) (RJ\2010\273) (ECLI:ES:TS:2009:8278), así como la Sentencia núm. 483/2004, de 9 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo) (RJ\2004\4743).

*sobre la que la otra parte ha fundado su confianza legítima»*²⁶⁹; lo que, al menos en el plano abstracto, entendemos se muestra, cuanto menos, complicado.

Así pues, entendemos que esta doctrina jurisprudencial debería ser aplicada, en todo caso, con las máximas cautelas y rigor en la acreditación de sus requisitos ante su posible aplicación respecto del acreedor cualificado que interviene en la transacción de la sección de calificación y, posteriormente, interpone una acción individual de responsabilidad frente al administrador *ex art.* 241 TRLSC precisamente por el ya reiterado diferente objeto de enjuiciamiento en uno y otro ámbito lo que no obsta a que, atendiendo a las concretas circunstancias fácticas del supuesto enjuiciado, pueda llegar a concluirse en puntuales supuestos que sí podrían existir actos propios alegables del acreedor cualificado en el ulterior procedimiento societario.

269. Sentencia núm. 162/2024, de 7 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán) (JUR\2024\47569) (ECLI:ES:TS:2024:474).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Una nota sobre la *business judgment rule*», *Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017, disponible a fecha 9 de mayo de 2025 en «<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/01/una-nota-sobre-la-business-judgment-rule.html>», pp. 1-2 de la edición digital.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en AA.VV. *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas* (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, ISBN 9788447051960, 2015, pp. 325-360.
- BARONA VILAR, S., «Los ¿nuevos? MASC para una Justicia sostenible, entre el entusiasmo y la cautela», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N°. 22, 2025, pp. 1-30 de la edición digital.
- BRENES CORTÉS, J., «La responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, N° 50, 2017, pp. 113-152.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Insolvencia internacional: aspectos básicos», en AA.VV. *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023* (Coord. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.), ISBN 978-84-1390-405-4, 2021, pp. 29-40.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Derecho Internacional Privado Concursal: los dos grandes modelos de solución», en AA.VV. *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023* (Coord. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.), ISBN 978-84-1390-405-4, 2021, pp. 41-50.
- CALVO CORBELLÀ, J.C., «Populismo, justicia y servicio público», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N°. 22, 2025, pp. 1 a 9 de la edición digital.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., «La afectación de la calificación concursal de la persona natural designada por la administradora social persona jurídica», en AA.VV. *2020 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos* (Coord. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.), La Ley, ISBN 9788418349034, 2020, pp. 275-302.
- CASTILLO FELIPE, R., VILLAESCUSA GARCÍA, C., TURMO PEÑA, M. (Coord. PEREA GONZÁLEZ, Á.), «Diálogos para el futuro judicial XCVI. MASC: claves de un nuevo paradigma (2ª Parte)», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 10693, 2025, pp. 1-12 de la edición digital.
- CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N°. 56, 2022, pp. 101-120.
- CERVERA SIGNES, F., «La responsabilidad de los administradores societarios y su especial relación con el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 10414, Sección Tribuna, 27 de diciembre de 2023, pp. 1-14 en edición digital.
- CORELLA TEMPRANO, M., «Las razones de los MASC: algunos indicios de la fundamentación ética de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025», *La Ley. Mediación y arbitraje*, ISSN-e 2660-7808, N°. 22, 2025, pp. 1 a 8 de la edición digital.
- COLINO MEDIAYILLA, J.L., «Los efectos de la declaración del concurso», en AA.VV. *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* (Dir. por PULGAR EZQUERRA, J.), La Ley, ISBN 978-84-8126-441-8, 2012, pp. 239-286.
- CORDÓN MORENO, F.J., «Real Decreto Legislativo 1/2020: la medida cautelar de embargo preventivo de bienes de los responsables que pueden ser condenados a la cobertura del déficit en la sentencia de calificación», Análisis mayo 2020 GA_P, disponible a fecha 9 de mayo de 2025 en «https://ga-p.com/wp-content/uploads/2020/05/Real-Decreto-Legislativo_1_2020_embargo.pdf», pp. 1-3 de la edición digital.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Coord. IGLESIAS PRADA), ISBN 84-470-0693-X, Vol. II, Madrid, 1996, pp. 2295-2338.
- FUENTES DEVEESA, R., «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en AA.VV. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo V (Artículos 346-433) Separación y exclusión de socios. Disolución y liquidación. Las obligaciones* (DIR. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-1397-954-0, 2021, pp. 5033-5086.
- FUENTES DEVEESA, R., «Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital», *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N°. 2, 2019, pp. 1 y ss. edición digital.

- GARCÍA-CRUCES, J.A., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores sociales», en AA.VV. *Culpa y responsabilidad* (Coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9152-671-1, 2017, pp. 395-422.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «La responsabilidad concursal», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Coord. por CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y Dir. por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Tirant lo Blanch, ISBN: 978-84-9985-071-9, 2011, pp. 305-365.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. por ROJO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ISBN 978-84-9876-027-9, pp. 281-336.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Artículo 543. Cosa juzgada. Comentario», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal* (Dir. por VEIGA COPO, A.B. y Coord. por MARTÍNEZ MUÑOZ, M.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-1346-439-8, Vol. 2, 2021, pp. 1132-1133.
- GARNICA MARTÍN, F., «Deberes de los administradores y responsabilidad societaria», en AA. VV. *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo* (Dir. por VÁZQUEZ ALBERT, D. y CALAVIA MOLINERO, J.M. y Coord. por MORALES BARCELÓ, J. y PÉREZ CARBÓ, P.P.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-9099-475-7, 2015, RJC. Revista Jurídica de Cataluña, pp. 203-206.
- GÓMEZ ASENSIO, C., «El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN: 1134-7686, Núm. 45, 2015, pp. 321-358.
- GÓMEZ LINACERO, A., «Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025, de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 10651, 2025, pp. 1 a 33 de la edición digital.
- GOMÉZ MILLÁN, E. y GÓMEZ LÓPEZ, E., «El nuevo rol de los acreedores en la calificación tras la Ley 16/2022», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Núm. 23 (octubre diciembre), 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Los criterios de atribución de la responsabilidad por déficit concursal sobre los distintos afectados por la calificación culpable del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, N° 61, 2024, pp. 149-193.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 619/2021, de 22 de septiembre de 2021», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 10, Núm. 1, 2022, pp. 410-415.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, C., «Artículo 133. Embargo de bienes», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal: comentario judicial, Notarial y Registral* (Dir. por PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-1346-678-1, Vol. 1, 2021 (Arts. 1 a 314), pp. 607-614.

- HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 49-106.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», en AA.VV. *La reintegración en el concurso de acreedores (Dir. por GARCÍA-CRUCES, J.A.)*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9014-736-8, 2014, pp. 175-209.
- HUALDE LÓPEZ, I., «El embargo cautelar de bienes administradores o liquidadores y directores generales de la persona jurídica concursada», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 62, 2024, pp. 119-152.
- JORDÁ GARCÍA, R., «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», *Diario la Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 8324, 3-6-2014, pp. 12-16.
- JUSTE MENCÍA, J., «Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en AA. VV. *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad ((Dir. GARCÍA-CRUCES, J.A. y SANCHO GARGALLO, I.)*, Tirant lo Blanch, ISBN 9788413979526, 2021, pp. 3105-3116.
- LLEBOT MAJÓ, J.O., «El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)», en AA.VV. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUINANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.)*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9099-513-6, Vol. 2, 2016 (Tomo II), pp. 317-345.
- LLEBOT MAJÓ, J.O. «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (Coord. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.)*, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9985-071-9, 2011, pp. 27-58.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal», en AA.VV. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor: Civitas, ISBN 978-84-470-4588-4, 2013, pp. 89-120.
- MAGDALENO CARMONA, A. y BENEYTO, K., *Aspectos procesales de la práctica concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, ISBN: 978-84-9090-047-5, J.M. Bosch, Barcelona, 2015.
- MACHADO PLAZAS, J., «Reflexiones en torno a la reforma de la calificación concursal en la Ley 16/2022», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, ISSN-e 2697-0953, Núm. 8, 2022, pp. 33-47.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores, una institución necesaria*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 978-84-1309-597-4, 2019.

- MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y Coord. por Coord. por Cam-puzano Laguillo, A.B.), Ed. Tirant Lo Blanch, ISBN 978-84-9985-071-9, Valencia, 2011, pp. 59-93.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., *La disolución de las sociedades de capital. Cuestiones de régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-1147-575-4, 2023.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Notas de urgencia sobre el concurso de acreedores en el texto refundido de la Ley Concursal», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, ISSN 1698-5583, Vol. 23, Nº. 1, 2020, pp. 385-430.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Supremo 719/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 1 de diciembre [ROJ STS 5289/2016]», *Ars Iuris Salamanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 5, Nº. 1, 2017, pp. 361-367.
- MORALES BARCELÓ, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9004-777-4, 2013.
- MOYA BALLESTER, J., «Los Grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 38, año 2012-1, pp. 307-324.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «Calificación y responsabilidad concursal. Ámbito de las conductas imputables en caso de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (246/2016)», en AA. VV. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M.), Dykinson, ISBN 978-84-9148-476-9, Vol. 8, 2016 (2016), pp. 95-114.
- MUÑOZ PAREDES, A., «La (des)protección de los acreedores ante la probabilidad de insolvencia», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 10271, 2023, pp. 1-10 en edición digital.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores: la responsabilidad concursal*, Vol. II, ISBN:978-84-9059-230-4, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- ORTELLS RAMOS, M., «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva ley concursal)», en AA. VV. *Las claves de la Ley concursal* (Dir. por GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., QUINTANA CARLO, I y BONET NAVARRO, Á.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, ISBN 84-9767-491-X, 2005, pp. 113-162.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, Nº 20, 2003, pp. 67-109.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal: de ayer y de hoy», *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, Nº. 114 (junio), 2024, pp. 1 a 10 de la edición digital.

- REBOLLO DÍAZ, P., «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, N° 11, 2023, pp. 1 a 14 de la edición digital.
- RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-9099-770-3, 2016.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «La delimitación de la figura del administrador de hecho», *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Núm. 301, 2016, pp. 69-109.
- SAAVEDRA LÓPEZ, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», *Revista de Derecho de Sociedades*, ISSN 1134-7686, Núm. 43, julio-diciembre 2014, Aranzadi, pp. 303-331.
- SALA SANJUÁN, A.B., «La reforma de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, núm. Extra 58, 2023, pp. 141-202.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (2025), *La acción individual de responsabilidad como herramienta de protección de los acreedores de sociedades de capital en situación concursal* [Tesis doctoral, Universidad de Murcia]. Repertorio Institucional de la Universidad de Murcia: DIGITUM. <http://hdl.handle.net/10201/151140>.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, ISBN 978-84-470-2773-6, Madrid, 2ª Edición, 2007.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «La calificación y la conclusión del concurso. El derecho penal de la insolvencia», en AA.VV. *Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.)*, Aranzadi La Ley, ISBN 978-84-1078-314-0, Vol. 2, 2024, pp. 737-762.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «El concurso de acreedores», en AA.VV. *Lecciones de derecho mercantil (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.)*, Aranzadi La Ley, ISBN 978-84-1078-314-0, Vol. 2, 2024, pp. 551-568.
- SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 445. Sentencia de calificación», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, (Arts. 315 a 752), 2021 pp. 516-535.
- SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 443. Supuestos especiales», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 424-444.
- SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 442. Concurso culpable», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 418-423.
- SANCHO GARGALLO, I., «Artículo 441. Calificación del concurso», en AA.VV. *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, Notarial y Registral (Dir. por PENDRES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N.)*, ISBN 978-84-1346-680-4, Vol. 2, 2021 (Arts. 315 a 752), pp. 415-418.

- SANCHO GARGALLO, I., «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en *AA.VV. Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código del Buen Gobierno de febrero de 2015 (Dir. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L.A., QUIJANO GONZÁLEZ, J., y ESTEBAN VELASCO, G. y Coord. por RONCERO SÁNCHEZ, A.)*, Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 978-84-9099-513-6, Vol. 2, 2016 (Tomo II), pp. 613-633.
- TAGLIAVINI SANSA, R. y GARCÍA MARTÍN, D., «Novedades en materia de calificación concursal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, Núm. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 203-212.
- TOMÁS TOMÁS, S. *ET AL*, «La exoneración del pasivo insatisfecho: 100 cuestiones polémicas» (Dir. y Cord. TOMÁS TOMÁS, S., CASTILLO FELIPE, R., FLORES SEGURA, M. Y SÁNCHEZ PAREDES, M.L.), Atelier, ISBN: 9791387543518, 2025, DOI: <https://doi.org/10.71237/CTBamnPv>.
- TOMÁS TOMÁS, S., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II», *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N°. Extra 58, 2023, pp. 85-140.
- TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal* (Pr. JIMÉNEZ CONDE, F. y GARCIA-ROSTÁN CALVÍN, G.), Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 978-84-1391-702-3, 2022.
- TOMÁS TOMÁS, S., «La administración concursal: origen y evolución histórica», *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 1887-2689, N°. 13, 2015 (Ejemplar dedicado a: A José Ortiz Díaz (1927-2014) y Manuel Ramón Alarcón Caracuel (1945-2015). *In memoriam*, pp. 259-298.
- VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 103, N° 4, 2004, pp. 1055-1076.
- VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, N°. 4, 2006, pp. 15-64.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CAPÍTULO PRIMERO

- SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - Sentencia núm.772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2015\609) (ECLI: ES:TS:2015:256).
- SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - Sentencia núm. 533/2025, de 2 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2025\69061) (ECLI: ES:TS:2025:1357).
 - Sentencia núm. 456/2020, de 24 de julio, dictada por la el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\2687) (ECLI: ES:TS:2020:2528)
 - Sentencia núm. 61/2019, de 31 de enero (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2019\227) (ECLI: ES:TS:2019:166).
 - Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2018\788) (ECLI: ES:TS:2018:716).
 - Sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\3561) (ECLI: ES:TS:2016:3452).
 - Sentencia núm. 343/2015, de 5 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\2508) (ECLI: ES:TS:2015:2970).
 - Sentencia núm. 10/2015, de 3 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\644) (ECLI: ES:TS:2015:560).
- AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - Auto de 6 de abril de 2010, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2010\131488) (ECLI: ES:TS:2010:4055A).
 - Auto de 10 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2009\482226) (ECLI: ES:TS:2009:15365A).

- SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia núm. 187/2015, de 3 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (AC\2015\898) (ECLI:ES:APC:2015:1479).
- Sentencia núm. 125/2013, de 26 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección. 5ª) (JUR\2013\174231) (ECLI:ES:APIB:2013:701).
- Sentencia núm. 536/2012, de 20 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (JUR\2013\59175) (ECLI:ES:APA:2012:4110).
- Sentencia núm. 194/2008, de 17 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2008\290874).

- SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (JUR\2024\409218) (ECLI:ES:JMS:2024:148).
- Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\329219) (ECLI:ES:JMGI:2023:1278).
- Sentencia núm. [sic]/2022, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236491) (ECLI:ES:JMM:2022:13922).
- Sentencia núm. 39/2022, de 30 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Murcia (JUR\2022\222003) (ECLI:ES:JMMU:2022:4783).

CAPÍTULO SEGUNDO

- SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).
- Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2016\1493) (ECLI:ES:TS:2016:1647).

- SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 1492/2024, de 11 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\432174) (ECLI:ES:TS:2024:5503).
- Sentencia núm. 275/2024, de 27 febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR 2024\70706) (ECLI:ES:TS:2024:1002).
- Sentencia núm. 217/2024, de 20 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\62950) (ECLI:ES:TS:2024:828).

- Sentencia núm. 1512/2023, de 31 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2023\403535) (ECLI: ES:TS:2023:4540).
- Sentencia núm. 443/2023, de 31 marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2023\2362) (ECLI: ES:TS:2023:1290).
- Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\2752) (ECLI: ES:TS:2020:2178).
- Sentencia núm. 693/2017, de 20 diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\5784) (ECLI: ES:TS:2017:4656).
- Sentencia núm. 656/2017, de 1 de diciembre de 2017, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2017\5137) (ECLI: ES:TS:2017:4267).
- Sentencia núm. 167/2017, de 30 de junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (JUR\2017\235722) (ECLI: ES:JMSS:2017:631).
- Sentencia núm. 719/2016, de 1 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\5969) (ECLI: ES:TS:2016:5289).
- Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2016\2409) (ECLI: ES:TS:2016:1781).
- Sentencia núm. 421/2015, de 22 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\3512) (ECLI: ES:TS:2015:3442).
- Sentencia núm. 185/2015, de 10 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\1517) (ECLI: ES:TS:2015:1409).
- Sentencia núm. 117/2015, de 5 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2015\717) (ECLI: ES:TS:2015:685).
- Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2014\2159) (ECLI: ES:TS:2014:1368).
- Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2013\2405) (ECLI: ES:TS:2012:9191).
- Sentencia núm. 669/2012, de 14 de noviembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2013\1614) (ECLI: ES:TS:2012:9182).
- Sentencia núm. 991/2012, de 17 enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2012\4981) (ECLI: ES:TS:2012:1686).
- Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2012\1084) (ECLI: ES:TS:2011:6838).

- AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Auto de 14 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A).
- Auto de 8 de noviembre de 2023, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2023\411324) (ECLI:ES:TS:2023:14981A).
- Auto de 15 de septiembre de 2021, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2021\4082) (ES:TS:2021:11271A).
- Auto de 20 de enero de 2021, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2021\30065) (ECLI:ES:TS:2021:185A).

- SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia núm. 107/2025, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR\2025\78899) (ECLI: ES:APMA:2025:322).
- Sentencia núm. 199/2024, de 18 marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) (JUR 2024\137702) (ECLI:ES:APS:2024:399).
- Sentencia núm. 282/2024, de 23 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR\2024\551806) (ECLI:ES:APV:2024:2703).
- Sentencia núm. 204/2024, de 22 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (JUR\2024\147708) (ECLI: ES:APCA:2024:378).
- Sentencia núm. 549/2023, de 3 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR\2023\439286) (ECLI: ES:APO:2023:3147).
- Sentencia núm. 688/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\354793) (ECLI: ES:APMU:2023:1810).
- Sentencia núm. 681/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355806) (ECLI: ES:APMU:2023:1727).
- Sentencia núm. 680/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355030) (ECLI: ES:APMU:2023:1723).
- Sentencia núm. 666/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\354684) (ECLI: ES:APMU:2023:1807).
- Sentencia núm. 665/2023, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\355999) (ECLI: ES:APMU:2023:1808).
- Sentencia núm. 626/2023, de 11 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\356200) (ECLI: ES:APMU:2023:1688).
- Sentencia núm. 526/2023, de 4 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\294896) (ECLI: ES:APMU:2023:1253).
- Sentencia núm. 477/2023, de 27 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\288187) (ECLI: ES:APMU:2023:1161).
- Sentencia núm. 465/2023, de 20 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\288544) (ECLI: ES:APMU:2023:1165).
- Sentencia núm. 332/2023, de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4º) (JUR\2023\294531) (ECLI: ES:APMU:2023:1303).

- Sentencia núm. 306/2023, de 9 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (PROV\2023\253757) (ECLI: ES:APMU:2023:916).
- Sentencia núm. 937/2022, de 15 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR\2023\44348) (ECLI:ES:APV:2022:3771).
- Sentencia núm. 808/2022, de 24 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2023\16882) (ECLI: ES:APM:2022:17580).
- Sentencia núm. 901/2022, de 15 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR\2022\355680) (ECLI:ES:APMU:2022:2323).
- Sentencia núm.427/2022, de 6 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2022\285785) (ECLI:ES:APM:2022:8009).
- Sentencia núm. 435/2024, de 21 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) (JUR\2024\403666) (ECLI:ES:APZ:2024:1382).
- Sentencia núm. 16/2021, de 13 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª) (JUR\2021\108652) (ECLI: ES:APOU:2021:25).
- Sentencia núm. 596/2020, de 9 diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC 2021\303) (ECLI:ES:APM:2020:14585).
- Sentencia núm. 2541/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2021\21966) (ECLI:ES:APB:2020:12096).
- Sentencia núm. 2540/2020, de 30 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2021\1452) (ECLI:ES:APB:2020:12093).
- Sentencia núm. 890/2020, de 22 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR\2020\354897) (ECLI: ES:APMU:2020:1995).
- Sentencia núm. 101/2020, de 14 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (JUR\2020\342330) (ECLI: ES:JMBA:2020:2730).
- Sentencia núm. 44/2020, de 4 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\290014) (ECLI:ES:APM:2020:8561).
- Sentencia núm. 516/2019, de 4 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\35115) (ECLI: ES:APM:2019:15209).
- Sentencia núm. 356/2019, de 3 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) (JUR\2019\184975) (ECLI: ES:APO:2019:1545).
- Sentencia núm. 627/2018, de 21 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) (JUR\2019\44909) (ECLI:ES:APCA:2018:1493).
- Sentencia núm. 294/2018, de 27 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (JUR\2018\307622) (ECLI:APC:2018\1979).
- Sentencia núm. 45/2018, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (JUR\2018\84531) (ECLI:ES:APVA:2018:176).

- Sentencia núm. 46/2018, de 28 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR\2018\96893) (ECLI:ES:APMU:2018:294).
- Sentencia núm. 598/2017, de 12 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) (JUR\2018\264377) (ECLI:ES:APAL:2017\1320).
- Sentencia núm. 311/2017, de 13 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) (JUR\2017\252662) (ECLI:ES:APLE:2017:919).
- Sentencia núm. 88/2017, de 16 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) (JUR 2017\104801) (ECLI:ES:APBA:2017:238).
- Sentencia núm. 99/2017, de 1 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\119602) (ECLI:ES:APM:2017:4227).
- Sentencia núm. 195/2017, de 14 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (JUR\2017\136991) (ECLI:ES:APBI:2017:561).
- Sentencia núm. 195/2017, de 27 febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR 2017\271430) (ECLI:ES:APMA:2017:1667).
- Sentencia núm. 405/2016, de 25 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\26199) (ECLI:ES:APM:2016:17593).
- Sentencia núm. 48/2016, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) (JUR\2016\63462) (ECLI:ES:APL:2016:152).
- Sentencia núm. 253/2015, de 3 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2016\429) (ECLI:ES:APB:2015:10520).
- Sentencia núm. 182/2015, de 26 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2015\205758) (ECLI:ES:APM:2015:10855).
- Sentencia núm. 103/2015, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (ECLI:ES:APB:2015:2957).
- Sentencia núm. 130/2013, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) (JUR\2013\206297) (ECLI:ES:APCU:2013:250).
- Sentencia núm. 166/2013, de 23 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 5ª) (JUR\2013\201927) (ECLI:ES:APIB:2013:1071).
- Sentencia núm. 154/2013, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) (AC\2013\1427) (ECLI:ES:APA:2013:1359).
- Sentencia núm. 45/2013, de 18 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (ECLI:ES:APVA:2013:272).
- Sentencia núm. 172/2012, de 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) (JUR\2012\166365) (ECLI:ES:APPO:2012:1052).
- Sentencia núm. 87/2009, de 13 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2009\411481) (ECLI:ES:APB:2009:6178).
- Sentencia núm. 17/2009, de 30 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC\2009\294).

- Sentencia núm. 122/2011, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2011\186143) (ECLI: ES:APM:2011:3840).
- Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (AC\2008\834).
- Sentencia núm. 175/2007, de 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2008\95242).
- Sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (AC\2007\857).
- AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES
 - Auto núm. 31/2020, de 3 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) (JUR\2020\216567) (ECLI: ES:APV:2020:1224A).
 - Auto núm. 98/2017, de 5 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2017\209505) (ECLI: ES:APM:2017:2634A).
- SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA
 - Sentencia de 22 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Cuenta (JUR\2022\222013) (ECLI:ES:JPII:2022:165).
- SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL
 - Sentencia núm. 76/2024, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra (JUR\2024\536732) (ECLI:ES:JMPO:2024:302).
 - Sentencia núm. 44/2024, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander (JUR\2024\409218) (ECLI: ES:JMS:2024:148).
 - Sentencia núm. 75/2023, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (JUR\2023\394517).
 - Sentencia núm. 42/2023, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid (JUR\2023\390261) (ECLI:ES:JMM:2023:3600).
 - Sentencia núm. 77/2023, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\344956) (ECLI:ES:JMB:2023:1965).
 - Sentencia de 4 de junio de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (JUR\2024\115233) (ECLI:ES:JMMA:2023:5693).
 - Sentencia núm. 31/2023, de 19 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona (JUR\2023\329219) (ECLI:ES:JMGI:2023:1278).
 - Sentencia núm. 225/2022, de 12 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (JUR\2023\70998) (ECLI: ES:JMIB:2021:15811).
 - Sentencia de 13 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia (JUR\2022\137848) (ECLI:ES:JMV:1298).
 - Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\89432).

- Sentencia de 16 de julio 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2022\130198) (ECLI:ES:JMM:2021:14772).
- Sentencia núm. 74/2021, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2021\203669) (ECLI:ES:JMB:2021:1510).
- Sentencia núm. 18/2021, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz (JUR\2021\211204) (ECLI:ES:JMB:2021:3238).
- Sentencia de 16 febrero 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR 2021\81187) (ECLI:ES:JMM:2021:248).
- Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\152644).
- Sentencia de 24 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\167960) (ECLI:ES:JMM:2020:1081).
- Sentencia núm. 31/2020, de 23 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (JUR\2020\163009) (ECLI:ES:JMSS:2020:1057).
- Sentencia de 15 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2020\166709).
- Sentencia núm. 283/2019, de 21 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\47048) (ECLI:ES:JMB:2019:10497).
- Sentencia núm. 202/2019, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) (JUR\2020\61322) (ECLI:ES:JMPO:2019:3659).
- Sentencia núm. 272/2019, de 12 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (JUR\2019\299855) (ECLI:ES:JMB:2019:1148).
- Sentencia núm. 119/2019, de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián (AC\2019\1148) (ECLI:ES:JMSS:2019:633).
- Sentencia núm. 61/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (Provincia de Cantabria) (JUR\2019\121315) (ECLI:ES:JMS:2019:185).
- Sentencia núm. 37/2019, de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (AC\2020\114) (ECLI:ES:JMMU:2019:2517).
- Sentencia núm. 254/2018, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2023\20157).
- Sentencia núm. 240/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\394195) (ECLI:ES:JMB:2018:7155).
- Sentencia núm. 228/2018, de 15 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2022\390605) (ECLI:ES:JMB:2018:7093).
- Sentencia núm. 222/2018, de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\393920).
- Sentencia núm. 119/2018, de 8 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona (JUR\2022\378617) (ECLI:ES:JMB:2018:5335).
- Sentencia núm. 88/2017, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (JUR\2018\176716) (ECLI:ES:jMO:2017:2424).

- Sentencia núm. 319/2015, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia (JUR\2016\37598) (ECLI:ES:JMMU:2015:3967).
- Sentencia núm. [sic]/2014, de 31 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga (JUR\2014\262464) (ECLI:ES:JMMA:2014:187).
- Sentencia núm. 174/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid (AC\2013\1652) (ECLI:ES:JMM:2013:320).
- Sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (AC\2012\381) (ECLI:ES:JMPO:2012:23).
- Sentencia núm. 136/2011, de 18 julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas) (AC 2011\1550) (ECLI:ES:JMGC:2011:92).
- Sentencia núm. [sic]/2008, de 18 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2008\398669).
- Sentencia núm. 81/2006, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (AC\2007\739).

CAPÍTULO TERCERO

• SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 472/2016, de 13 julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ 2016\3191) (ECLI:ES:TS:2016:3433).
- Sentencia núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) (RJ\2015\609) (ECLI:ES:TS:2015:256).

• SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 162/2024, de 7 de febrero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\47569) (ECLI:ES:TS:2024:474).
- Sentencia núm. 319/2020, de 18 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2020\2752) (ECLI:ES:TS:2020:2178).
- Sentencia núm. 5/2020, de 8 de enero, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2019\5388) (ECLI:ES:TS:2020:11).
- Sentencia núm. 399/2012, de 15 de julio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2012\6719) (ECLI:ES:TS:2012:4178).
- Sentencia núm. 772/2009, de 7 de diciembre, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2010\273) (ECLI:ES:TS:2009:8278).
- Sentencia núm. 380/2007, de 9 de abril, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2007\2814).
- Sentencia núm. 458/2005, de 10 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2005\4364).
- Sentencia núm. 483/2004, de 9 de junio, dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (RJ\2004\4743).

- AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Auto de 14 de febrero de 2024, dictado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (JUR\2024\56604) (ECLI: ES:TS:2024:1893A).

- SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia núm. 194/2024, de 1 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) (JUR\2024\183786) (ECLI: ES:APC:2024:1041).
 - Sentencia núm. 59/2024, de 21 diciembre de 2023, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (JUR 2024\102541) (ECLI: ES:APMU:2023:3262).
 - Sentencia núm. 480/2024, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) (JUR\2024\259220) (ECLI: ES:APCO:2024:537).
 - Sentencia núm. 1359/2023, de 11 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR\2024\68176) (ECLI: ES:APMA:2023:3026).
 - Sentencia núm. 34/2023 de 17 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR2023\375322) (ECLI: ES:APMA:2023:2036).
 - Sentencia núm. 721/2022, de 29 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) (JUR\2022\336692) (ECLI: ES:APBI:2022:1684).
 - Sentencia núm. 248/2017, de 8 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2017\24311) (ECLI: ES:APB:2017:6265).
 - Sentencia núm. 430/2007, de 26 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC\2008\424).

- AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto núm. 75/2020, de 4 de junio, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2020\240557) (ECLI: ES:APM:2020:3154A).
 - Auto núm. 63/2019, de 10 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2019\138092) (ECLI: ES:APB:2019:1929A).
 - Auto núm. 196/2017, de 24 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) (JUR\2018\51715) (ECLI: ES:APM:2017:5501A).
 - Auto núm. 114/2012, de 26 de septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (AC\2012\2318) (ECLI: ES:APB:2012:7316A).
 - Auto núm. 102/2006, de 9 de marzo, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) (JUR\2009\176630).

- SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia núm. 50/2024, de 28 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Toledo (JUR\2024\271511) (ECLI: ES:JPPI:2024:172).

- SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Sentencia núm. 128/2023, de 8 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (JUR\2023\399041) (ECLI: ES:JMM:2023:4390).
- Sentencia núm. 124/2023, de 8 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (JUR\2023\399148) (ECLI: ES:JMM:2023:4346).
- Sentencia núm. 102/2023, de 8 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Palma de Mallorca (JUR\2024\94945) (ECLI: ES:JMIB:2023:5675).
- Sentencia núm. 144/2022, de 13 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Palama de Mallorca (ECLI: ES:JMIB:2022:5027).
- Sentencia de 7 de julio de 2022 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid (JUR\2023\236081) (ECLI:ES:JMM:2022:13933).

- AUTOS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Auto núm. 151/2024, de 21 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña (JUR\20024\400217) (ECLI:ES:JMC:2024:31A).
- Auto núm. 51/2023, de 24 de febrero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2023\259917) (ECLI: ES:JMB:2023:461A).
- Auto de 15 de noviembre de 2022, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia (JUR\2022\448202).
- Auto núm. 340/2022, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A).
- Auto núm. 329/2022, de 8 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2023\162309) (ECLI: ES:JMB:2022:3575A).
- Auto núm. 42/2022, de 28 de enero, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2022\183362) (ECLI: ES:JMB:2022:1337A).
- Auto núm. 407/2021, de 15 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona (JUR\2022\15296) (ECLI: ES:JMB:2021:4030A).
- Auto núm. 446/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2021\265007) (ECLI: ES:JMB:2021:2216A).
- Auto núm. 445/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2023\250494) (ECLI: ES:JMB:2021:6612A).
- Auto núm. 444/2021, de 15 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (JUR\2021\264665) (ECLI: ES:JMB:2021:2215A).
- Auto núm. 180/2020, de 3 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (JUR\2021\301797) (ECLI: ES:JMS:2020:414A).
- Auto de 6 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (JUR\2015\303090) (ECLI: ES:JMB:2014:161A).
- Auto de 13 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (JUR\2007\374159).

La responsabilidad concursal del administrador social ha sido concebida por nuestro legislador con una doble finalidad: por un lado, convertirse en un elemento disuasorio para los administradores tendente a evitar conductas reprobables que generen o agraven la situación de insolvencia de la sociedad que administran y, por otro, como una suerte de herramienta *ad extra* de protección del acreedor social en caso de producirse finalmente tales conductas ante las consecuencias patrimoniales que puede suponer para aquéllos la calificación de culpabilidad concursal.

Esta obra aborda los principales elementos jurídicos procesales y sustantivos que permiten llevar a cabo un profundo análisis de este impacto que la responsabilidad concursal puede tener en el patrimonio del administrador: (i) la identificación de los elementos configuradores de la responsabilidad concursal tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, (ii) la afección del patrimonio del órgano de administración ante las principales condenas de contenido netamente patrimonial a las que se puede enfrentar el administrador social en la sección de calificación y (iii) la pervivencia de su responsabilidad incluso tras la conclusión del concurso de la sociedad administrada *ex art. 241 TRLSC*, encontrándonos ante interesantes reflexiones relativas a la correlación y efectos que se pueden derivar del escrutinio de la responsabilidad del administrador por ambas vías.

Nos enfrentamos así a una interesante aproximación a una materia que se muestra en muchos aspectos tan controvertida como novedosa por las recientes reformas legislativas que se han llevado a cabo en los últimos años, de entre las que cabe destacar tanto la operada en la sección de calificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal cómo, en términos más generales, por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 enero, de materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.