

El ejercicio postergado de acciones contra administradores por deudas sociales después del concurso: ¿hay vida después de la muerte?

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LOS ACREEDORES. II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ACTUALES ARTÍCULOS 50.2 Y 51 BIS.1 DE LA LEY CONCURSAL. III. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES. 1. Planteamiento. 2. Conclusión del concurso. 2.1. Qué ha de entenderse por tal. 2.2. Problemas que plantea el convenio. 2.3. Influencia de la calificación del concurso. 3. Prescripción de las acciones. IV. CONCLUSIONES.

I. UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LOS ACREEDORES

Las páginas que siguen son el resultado de algunas reflexiones que me surgieron al leer la interesantísima sentencia 122/2014 del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014. Esta sentencia es una de tantas que ha producido la incesante aplicación de la Ley concursal (LC), característica de estos tiempos procelosos de una crisis económica que no acaba de desaparecer. El conflicto subyacente en este caso –relativamente frecuente–, se producía entre los acreedores de la sociedad concursada que, como era previsible, no habían vistos satisfechos la totalidad de sus créditos en la consiguiente liquidación¹, y sus administradores que, en virtud de la previa calificación del concurso como *culpable*, habían sido responsabilizados por la sentencia de calificación (en primera instancia y luego ratificada

1. Huelga decir que la inmensa mayoría de los concursos termina en liquidación, como es bien sabido.

por la de apelación) a pagar la parte no cubierta con dicha liquidación (aplicando el entonces art. 172.3 de la LC, actualmente sustituido por el art. 172 bis). La calificación del concurso como culpable se había fundamentado en la instancia en la circunstancia de que la sociedad desde varios años antes a la solicitud de su concurso voluntario, estaba ya incurso en la causa de disolución por *pérdidas cualificadas*², contemplada en el entonces art. 260.1.4.º de la Ley de sociedades anónimas (LSA) [actual art. 363.1.e) de la Ley de sociedades de capital (LSC)], por lo que los administradores habrían incumplido con su deber de solicitar tempestivamente la declaración en concurso (art. 5 de la LC), con las consecuencias que de ello derivan para la calificación del concurso como culpable (art. 165.1.º de la LC).

Aparentemente este conflicto se cierra por el Tribunal Supremo con la victoria de los administradores, pues su sentencia casa la de instancia, declarando el concurso como fortuito y absolviendo a los administradores en relación a su responsabilidad concursal, por entender que la calificación del concurso como culpable era improcedente en este caso, ya que si bien era cierto que la sociedad estaba incurso desde hacía años en dicha causa de disolución, fue atendiendo sus deudas hasta fechas inmediatas a la solicitud de concurso, por lo que no estuvo hasta ese momento en situación de insolvencia, tal como ésta es definida por el art. 2.2 de la LC, y, por tanto, los administradores no habrían incumplido con su deber de solicitar el concurso³.

Seguramente este pronunciamiento es la fundamental aportación doc-

2. Que dejen reducido el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social.
3. El fundamento 13.º de la sentencia, en sus apartados 1.º y 2.º, señala lo siguiente:
 - «1. Las sentencias de instancia aplican incorrectamente el art. 2.2 en relación con el 5.1 y el 165.1, todos ellos de la Ley Concursal, al considerar que la sociedad x se encontraba en situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso.
 2. No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les 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

trinal de la sentencia, al incidir en el siempre espinoso tema del *presupuesto objetivo* del concurso, que fue muy polémico bajo el régimen anterior, y que la LC tuvo el acierto de clarificar⁴, aunque la modificación simultánea de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por no promover su disolución por pérdidas cualificadas (que provenía de la gran reforma del Derecho de sociedades de 1989), hubiera introducido cierta oscuridad, al contemplar la solicitud de concurso como alternativa a esa promoción o remoción de la disolución⁵.

no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapan, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas».

4. Sobre esta cuestión *in extenso*, con referencia a los antecedentes de la cuestión en el Derecho anterior, véase PULGAR ESQUERRA, J. (2005), *La declaración de concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, pp. 305 y ss.
5. Sobre este particular, véase ALCOVER GARAU, G. (2006), «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», *Rcp*, n.º 4, pp. 81 y ss.

En todo caso, antes y después de la reforma operada en el precepto societario por la LC, la doctrina ha venido entendiendo que la alternativa de solicitar el concurso solo procede en el caso de que la sociedad esté efectivamente en situación de insolvencia. En este sentido, entre otros, antes de la reforma, BELTRÁN, E. (1997), *La disolución de la sociedad anónima*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, p. 114 y después de la misma, ALCOVER GARAU, G. (2006), p. 86 y ss.; VERDÚ CAÑETE, M.ª J. (2008), *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, p. 376 y MÁRQUEZ LOBILLO, P. (2014), «Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2013», *CCJC* n.º 95, ap. 1.4.

En la misma dirección se pronunció anteriormente el Tribunal Supremo en su sentencia 590/2013 de 15 de octubre de 2013 [comentada por MÁRQUEZ LOBILLO, P. (2014)], asimismo invocada por la que es objeto aquí de examen, y en la que se señalaba que: «No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.

Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapan, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados».

Sin embargo, con ser interesante, no es éste el tema que suscitó mis reflexiones, sino la situación en la que se dejaba a los perdedores del recurso (los acreedores). Es evidente que la sentencia cerraba el caso en cuanto a la *responsabilidad concursal de los administradores*, y lo hacía adecuadamente (*formalmente* con justicia, si queremos utilizar esta expresión), pues su interpretación de las normas aplicables al caso es impecable. Pero desde un punto de vista de *justicia material*, no deja de causar conmiseración la situación de unos acreedores que se han visto presumiblemente abocados a perder al menos una parte importante de sus créditos⁶; cuando además la actuación de los administradores de la deudora fue censurable, puesto que permitieron que ésta mantuviera durante años una situación de pérdidas cualificadas y siguiera endeudándose, ya sin la garantía que supone la cifra de capital social⁷, y que es precisamente la razón por la que se obliga a disolver en estos casos⁸.

En este punto nadie discute, y así se declara probado en las sentencias de instancia, que los administradores habían incumplido durante varios años (del 2003 al 2007), si no el deber de solicitar el concurso de la sociedad, sí el de promover su disolución por pérdidas cualificadas (o cual-

6. Aunque a veces se olvide, una de las finalidades fundamentales que debe cumplir todo procedimiento concursal, es que los acreedores obtengan la satisfacción de sus créditos en la mayor medida posible.
7. Por más que ésta sea una «garantía» poco efectiva, en el marco del llamado *test de balance*, como pone de relieve el conocido debate sobre la reforma del capital social [sobre esta cuestión me permito remitirme a VELASCO SAN PEDRO, L.A. (2011), «El tratamiento de las distribuciones a los socios», en ALONSO LEDESMA/ALONSO UREBA/ESTEBAN VELASCO (dir.), *La modernización del Derecho de sociedades en España. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Civitas, Pamplona, pp. 171 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas nacionales y extranjeras].
8. Comentando esta regla introducida en la LSA de 1951, generalizada ya en aquel momento en el Derecho comparado más caracterizado y recogida posteriormente en lo que fue el art. 17 de la Segunda Directiva (posteriormente art. 19 de la Directiva 2012/30/UE), URÍA, R. en GARRIGUES, J./URÍA, R. (1976), *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3.ª ed. rev. por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, II, p. 806, sub art. 150, decía que «[e]n el sistema del Código de comercio las sociedades se disuelven por la pérdida entera del capital (art. 221), pero en sociedades como la anónima, esencialmente capitalista, en la que perdido el capital no conservan los acreedores ninguna otra seguridad o garantía para el percibo de sus créditos, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas funcionen como causa de disolución». Este mismo es el fundamento que da la doctrina a la responsabilidad por deudas que establece la legislación española para el caso de que los administradores no promuevan tempestivamente la obligada disolución. Por todos, recientemente, MÁRQUEZ LOBILLO, P. (2014), ap. 1.1, y MIRANDA SERRANO, L. M. (2014), «Claves del régimen de responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves», *Aranzadi Doctrinal* n.º 6, ap. 1.

quiera de sus alternativas⁹). En este contexto, en esos años anteriores al concurso se podrían haber ejercitado acciones por acreedores contra los administradores para cobrar sus créditos contra la sociedad, ya que el entonces art. 262.5 de la LSA (actual art. 367 de la LSC), les responsabilizaba de las deudas sociales en caso de no promover en tiempo y forma la disolución de la sociedad, acciones que no parece que se ejercitaran por nadie (nada trasluce al respecto la sentencia)¹⁰.

Y es llegando a este punto, cuando me surgió el interrogante que ahora quiero plantear, también como medio de acercarme a una resolución materialmente más justa del conflicto planteado: ¿podrían ejercitarse ahora estas acciones por los acreedores cuando parece que el concurso está cerrando sus últimos capítulos pendientes?

Aunque la sentencia no se plantea la cuestión, porque no era el objeto de la litis y mucho menos del recurso de casación, la respuesta aparentemente es que sí, pues ahora el art. 50.2 de la LC, según la redacción dada por la Ley 38/2011, de 11 de octubre, señala que «[l]os jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución». Por otro lado, se ha venido estimando por doctrina y jurisprudencia que la solicitud de concurso no sana la posible responsabilidad de los administradores que no promovieron tempestivamente la disolución de la sociedad o la remoción de su causa¹¹. Todo lo cual abre la puerta a que estas acciones –entre las que están las correspondientes por no promover en su momento la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas– puedan ejercitarse, no solo con anterioridad a la declaración del concurso –como es evidente–, sino también una vez que este procedimiento judicial concluya.

Ahora que tanto se habla de una segunda oportunidad para los deudores personas físicas¹², se trataría de una *segunda oportunidad para los acree-*

9. Aumentar, reducir e incluso *reintegrar el capital social*, alternativa esta última recogida en el art. 150.3 de la LSA de 1951 y cuya idoneidad a estos efectos, aunque ya no se contemple en la norma vigente, viene reconociendo la doctrina: BETRÁN, E. (1997), p. 120, y SÁNCHEZ CALERO, F. (2007), *Los administradores de las sociedades de capital*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, p. 454.

10. En el art. 262.5 de la LSA vigente en la época, esta responsabilidad se refería inicialmente a *todas* las obligaciones sociales, y a partir de la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, únicamente a «las posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución».

11. En este sentido, entre otros, MIRANDA SERRANO, L. M (2014), ap. 2.1.

12. A raíz del nuevo art. 178 bis de la LC, introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

dores (en el presente caso para los perdedores del recurso de casación) de poder cobrar fuera del concurso, lo que no recibieron del mismo. Y es que por este camino se les habilitaría una nueva vía para cobrar todo o parte de los que se les negó en la liquidación concursal, con cargo al patrimonio personal de los administradores, aunque ya no colectivamente en cuanto masa de acreedores, sino accionando cada cual individualmente y por su cuenta, contra todos o alguno de los administradores, con los recursos propios del Derecho de sociedades.

Pero cuando se piensa en esta solución, inmediatamente surgen diversos problemas: ¿operaría en todos los casos de concurso? En el presente caso, seguramente sería justo y proporcionado, pero ~~seguramente~~ no en todos. ¿Cuál es el *dies a quo* exacto para el ejercicio de estas acciones? En relación con esto, ¿cuándo se considera concluido el concurso a estos efectos? ¿Cómo se computa la prescripción? ¿Hay suspensión o no? ¿Cuándo prescriben las acciones?

Para mejor iluminar la respuesta, no siempre fácil, a estas preguntas y otras derivadas¹³, me parece conveniente comenzar con un examen retrospectivo sobre el ejercicio de estas acciones de responsabilidad por deudas de los administradores en caso de concurso, pues el tema ha sido polémico y solo muy recientemente, a través de la señalada reforma de 2011, ha recibido respuesta legal en el actual art. 50.2 de la LC.

II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ACTUALES ARTÍCULOS 50.2 Y 51 BIS.1 DE LA LEY CONCURSAL

Un tema que no ha estado bien resuelto en nuestra LC desde el principio –y me temo que sigue sin estarlo plenamente–, es el de la coordinación entre las acciones de *responsabilidad societaria* de los administradores de sociedades de capital, sea por daños (acción social y acción individual de responsabilidad¹⁴) o por deudas sociales, y los nuevos mecanismos de *responsabilidad concursal* que introdujo esta Ley, en relación con la calificación del concurso y la posible responsabilización total o parcial de los mismos, como se dice ahora, por la parte del pasivo no cubierta por la liquidación.

13. No serán objeto de análisis otras cuestiones que tienen que ver con la configuración general de este tipo de acciones, salvo en lo que estén relacionadas específicamente con lo que aquí interesa, y para las que, por otro lado, existe una copiosa bibliografía, una parte de la cual se cita en este trabajo.

14. Contempladas ahora en los arts. 238 y 241 de la LSC, respectivamente.

Centrándonos en el tema de la *responsabilidad societaria por deudas*, que surge cuando los administradores no promueven tempestivamente la obligada disolución de la sociedad, entre otros supuestos, en el de pérdidas cualificadas¹⁵, hay que señalar que la redacción originaria de la LC nada decía al respecto.

Ante este silencio legal, que contrastaba con lo dispuesto para la acción social¹⁶, algunos autores consideraron que la declaración de concurso no era óbice para que los acreedores pudieran continuar ejercitando acciones de responsabilidad por deudas sociales contra los administradores por no promover la disolución de la sociedad o remover su causa¹⁷. Esta fue asimismo la dirección de una parte de la jurisprudencia menor¹⁸, e incluso del Tribunal Supremo en su sentencia 3900/2010 de 30 de junio de 2010, aunque en relación con la solicitud de suspensión de pagos, bajo la legislación previgente a la LC¹⁹. No obstante, otros fa-

15. La calificación de la responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad ha ocasionado algunas dudas, aunque finalmente la jurisprudencia ha venido aceptando la postura mayoritaria en la doctrina que entendía que era un caso de *responsabilidad sanción*, y no de *responsabilidad por daños*. Sobre este debate, entre otros, véanse CERDÁ ALBERO, F. (2000), *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 118 y ss.; VICENT CHULIÀ, F. (2006), «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Rcp*, n.º 4, pp. 26 y ss. y MARTÍN REYES, M.A. (2012), «La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales», *ADCo*, n.º 26, pp. 186 y ss., todos con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.
16. El art. 48.2 de la LC señalaba que una vez declarado el concurso, sin perjuicio de las acciones que asistieran a la persona jurídica deudora contra sus administradores, estaba asimismo legitimada para ejercitar esta acción la administración concursal, legitimación que el actual art. 48 quater, introducido por la reforma de la Ley 38/2011, ha convertido en exclusiva.
17. En este sentido, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J.M. (2003), «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *RDM*, n.º 250, pp. 1348 y ss., aunque lo considerasen criticable, y QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2009), «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Rcp* n.º 10, pp. 42 y ss.. Aunque la obra es posterior a la reforma de 2011, también comparte esta visión criticándola en este punto, PARDO PARDO, J.M. (2015), *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, pp. 418 y ss., y 442 y ss.
18. Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 29 de diciembre de 2006, y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 6 de marzo de 2009. Tanto estas resoluciones como la señalada en la nota 20, se extraen del trabajo de MARTÍN REYES, M.A. (2012), p. 201, notas 36 y 37.
19. Es sus fundamentos de derecho 44 y 45, la referida sentencia indica:
«44. Como ha quedado expuesto, la Ley de Sociedades Anónimas imponía e impone a los administradores el deber de pronta reacción ante pérdidas patrimoniales de cierta importancia y, además, precisa las conductas que deben seguirse a fin de evitar la presencia en el mercado de una sociedad incurso en causa de disolución, afirmándose en la sentencia número 205/2008,

llos judiciales²⁰ y otros autores entendieron lo contrario, al estimar que este tipo de acciones no podían entablarse una vez que se declarase el concurso, debiendo suspenderse las ejercitadas con anterioridad²¹. Todo ello sin perjuicio de que una vez concluido el concurso o, en su caso, tras ser calificado como fortuito, los acreedores que no hubieran visto satisfechos sus créditos en el concurso pudieran ejercitar estas acciones²².

En mi opinión esta última era la respuesta acertada, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque los objetivos perseguidos por estas acciones –el pago de deudas de la sociedad concursada– se solapaban con los del mismo concurso, donde además se examina, en el ámbito de la pieza de calificación, la «culpabilidad» de los administradores en la generación de la insolvencia²³. En segundo lugar, porque permitir su ejercicio una vez abierto el concurso, sería contrario a la *par conditio creditorum*, ya que ello beneficiaría a los acreedores avisados que ejercitaran estas acciones frente al conjunto de la masa de acreedores, en el doble sentido de

de 1 de diciembre “no es cualquier actuación tendente a resolver la situación económica de la empresa, como aquellas que se describen en el caso examinado, sino precisamente las encaminadas a promover la disolución de la sociedad, entre las cuales se excluye la solicitud de suspensión de pagos, por cuanto de lo que se trata es de evitar la liquidación desordenada o anárquica de la misma en perjuicio de unos u otros acreedores o de todos ellos y esta situación no se evita mediante la solicitud de suspensión de pagos, especialmente en los casos en los cuales, como ocurre en el supuesto enjuiciado, se pone fin al procedimiento mediante un convenio de liquidación, hoy prohibido por la Ley Concursal (...)”».

«45. Lógica consecuencia de lo expuesto, es que la suspensión de pagos de la sociedad no exonere a los administradores de la responsabilidad fundada en el artículo 262.5 LSA (entre las más recientes, sentencia número 1005/2008, de 6 de noviembre), por lo que una vez que concurre la conducta negligente prevista por la norma y los administradores han incurrido en la responsabilidad prevista, la solicitud de concurso voluntaria no opera como causa de exención de la responsabilidad a modo de excusa absolutoria ya que, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la responsabilidad concursal pretendida por la reforma operada por la referida Ley 19/2005, de 14 de noviembre, reiteramos, el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas regula un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya extinción supone la satisfacción de esta».

20. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Asturias, de 13 de diciembre de 2005.
21. Esta posición la mantenía VERDÚ CAÑETE, M.^a J. (2008), p. 393.
22. VALENZUELA GARRACH, F. (2007), *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 122 y s. *apud* VERDÚ CAÑETE, M.^a J. (2008), *ibidem*.
23. Tras alguna vacilación inicial de asimilación de la responsabilidad por deudas resultado de no promover la disolución a una responsabilidad objetiva, actualmente se considera que es una responsabilidad vinculada al incumplimiento de deberes legales, que ha de ser imputable objetiva y subjetivamente al administrador. Véanse MARTÍN REYES, M.A. (2012), pp. 188 y s. y PARDO PARDO, J.M. (2015), pp. 409 y ss., en ambos casos con cita de sentencias relevantes del Tribunal Supremo en la materia.

poder cobrar y vaciar en su favor el patrimonio de responsabilidad de los administradores²⁴.

Acogiendo estos planteamientos, la reforma operada por la Ley 38/2011 resolvió acertadamente la cuestión en este último sentido, al establecer, como ya se indicado, en el nuevo art. 50.2 de la LC, la inadmisibilidad de las acciones de responsabilidad por deudas sociales desde que se declare el concurso, hasta su conclusión. En esta misma línea, el nuevo art. 51 bis.1, también introducido por la reforma, señalará que «*[d]eclarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución*».

III. RESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

1. PLANTEAMIENTO

En los términos del actual art. 50.2 de la LC, es presupuesto para que puedan ejercitarse acciones de responsabilidad por deudas contra los administradores que el concurso haya concluido y, aunque no se diga en la norma, que dichas acciones puedan seguir ejercitándose por no haber prescrito, o haberse extinguido por cualquier otra causa. Se impone, por tanto, examinar todo ello.

2. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

2.1. Qué ha entenderse por tal

La finalidad de la norma, como se ha visto a la luz de sus antecedentes, es que no quepa ejercitar las acciones de responsabilidad por deudas mientras se esté tramitando el concurso como procedimiento judicial. Tanto el art. 50.2 como el 51 bis.2 de la LC utilizan a estos efectos el término «conclusión» del concurso, al señalar respectivamente que «*no (se) admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión...*», y que «*declarado el concurso y hasta su con-*

24. Una argumentación similar realiza QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2009), «Coordinación de acciones sociales (social, individual y por pérdidas) y concursales de responsabilidad», *Rcp* n.º 22, p. 49, en un ulterior trabajo al anteriormente citado.

clusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados...». Pero ¿qué hay que considerar como conclusión del concurso a estos efectos?

Si interpretamos este término –«conclusión»– en su sentido técnico-jurídico, habrá que entender por tal el momento en que finaliza el concurso como procedimiento judicial y se procede al archivo de las actuaciones; esto es, lo señalado en el art. 176 de la LC, al establecer precisamente las causas en que esto procede, y que son (1.º) cuando se revoque en apelación el auto de declaración del concurso, (2.º) cuando sea firme el auto de cumplimiento del convenio, (3.º) cuando sea firme el auto que declare finalizada la liquidación, (4.º) en los casos de comprobación de la insuficiencia de masa activa²⁵, (5.º) cuando se supere la situación de insolvencia (pagando todos los créditos reconocidos, etc.) y (6.º) terminada la fase común, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

En todo estos casos, se exige la existencia de un auto de conclusión o, en su caso, una sentencia en aquellos supuestos en que puede promoverse oposición a la conclusión (véanse los art. 175.2, 176 bis y 177 de la LC). Por tanto, sin esta resolución judicial firme, no podrán ejercitarse acciones de responsabilidad por deudas o levantarse la suspensión de las iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso.

De todos estos supuestos, los que realmente operan en la práctica son los de insuficiencia de masa²⁶, y los conectados a la liquidación y el convenio (las llamadas soluciones ordinarias del concurso), ya que las otras situaciones serán raras o sencillamente ilusorias (lo es francamente que un deudor deje súbitamente de estar en insolvencia y/o consiga pagar a todos sus acreedores reconocidos).

2.2. Problemas que plantea el convenio

En conexión con la conclusión del concurso, puede plantear algunos problemas el *convenio*. Debe tenerse en cuenta que, en los casos en los que la solución de la situación de insolvencia se encuentra en el convenio, el concurso no concluye con su aprobación judicial –aunque a partir de ese momento cesen los efectos característicos de la declaración del concurso, sustituidos en su caso por los acordados en el propio convenio (art. 133.2 de la LC)–, sino con la *declaración judicial de su cumplimiento*. Esto supone

25. Aquí debe seguirse la tramitación prevista en el art. 176 bis de la LC, añadido por la reforma de la Ley 38/2001.

26. Su cierta frecuencia en la práctica española conforme se agudizaba la crisis económica obligó a regular el supuesto con más detalle en el nuevo art. 176 bis de la LC, introducido por la reforma de la Ley 38/2011.

que durante la fase de cumplimiento del convenio, no podrían ejercitarse las acciones de responsabilidad por deudas contra los administradores. Si los acreedores observan que el convenio no se cumple, el camino que se les ofrece para defender sus intereses es el de instar la *apertura de la liquidación*, bien sea pidiéndola directamente al juez, al amparo de lo dispuesto en el art. 142.2.º de la LC²⁷, bien propiciando que el juez la adopte de oficio, instando previamente la declaración de incumplimiento, por la vía de los arts. 140 y 143.1.5.º de la LC, en cuyo marco habrá además que volver a abrir la pieza de calificación, como ordena el art. 167.2 de la LC. Solo finalizada la liquidación, en los términos ya indicados, cabría ejercitar las acciones de responsabilidad por deudas.

En esta misma línea ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia 5186/2013 de 15 de octubre de 2013, cuando ha considerado que durante la fase de cumplimiento de convenio no cabe ejercitar acciones de responsabilidad por deudas sociales por no promover la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas, si bien aquí se trataba de un supuesto donde tales pérdidas habrían acaecido con posterioridad a la aprobación del convenio²⁸.

27. Apunta también esta vía MÁRQUEZ LOBILLO, P. (2014), ap. 1.4.

28. Nos hemos referido ya anteriormente a esta sentencia en la nota 5. En relación con lo que ahora nos interesa, la sentencia señala en su fundamento de derecho n.º 8 lo siguiente:

«Tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria (en nuestro caso, los arts. 260.1.4.º y 262.2 y 5 TR-LSA), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC).

En su caso, el incumplimiento de este deber puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso, en concreto la conducta tipificada en el art. 164.2.3.º LC.

En cualquier caso, no cabe, como se pretendía, exigir la responsabilidad solidaria de las deudas de la sociedad a los administradores, ex art. 262.5 TRLSA (actual 367 LSC), por un supuesto incumplimiento de un inexistente deber de disolver la sociedad durante la fase de convenio. Por consiguiente, además de casar la sentencia recurrida, se absuelve a los dos administradores demandados de la reseñada acción de responsabilidad».

Apoyando esta solución, que entienden que quedaría reforzada de salir adelante el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, art. 272-2.8, HUERTA VIESCA, M.I./RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2015), «La responsabilidad de los administradores sociales por no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mer-*

Una vez decretado el cumplimiento del convenio, ¿pueden los acreedores ejercitar acciones contra los administradores que en su momento incumplieron el deber de promover la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas (o por cualquier otra causa legal de las que exigen acuerdo de la Junta)?

Inicialmente parece que este problema podría resolverse aplicando al caso el art. 135 de la LC que, en relación con obligados solidarios con el concursado, como sería el caso, distingue según los acreedores no hayan votado a favor del convenio²⁹ o sí lo hayan hecho, manteniendo en el primer caso sus derechos frente a estos obligados, y en el segundo estableciendo su sujeción a «las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido».

Este precepto no es precisamente un modelo de claridad, como ha puesto de relieve la doctrina que lo ha estudiado, en relación con la segunda alternativa –el voto a favor del convenio del acreedor concernido–³⁰. No obstante, la preferente remisión que hace en este caso a lo que pudieran haber convenido el acreedor concernido y el o los obligados solidarios³¹, debe descartarse en el presente supuesto ya que aquí la obligación de responder de las deudas sociales de los administradores procede de la propia ley –antes del art. 262.2 de la LSA y ahora del art. 367 de la LSC–, y no de un contrato que sencillamente no existe. Así las cosas habría que atenerse, como dice el mismo art. 135.2 LC, a las normas aplicables a la obligación contraída por los administradores, que no son otras que las que se acaban de señalar. Lo que supondría, en definitiva, que tanto en la hipótesis de que el acreedor concernido no haya votado a favor, como en la de que sí lo haya hecho, se mantendrían incólumes frente a él las obligaciones solidarias asumidas por los administradores³².

cantil, Libro Homenaje al Prof. Illescas, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 681 y s. (disponible en Internet: <http://hdl.handle.net/10016/20763>).

29. Supuesto que ampara no solo a los que hayan votado en contra, sino a los que se hayan abstenido.
30. Véanse GALLEGO SÁNCHEZ (2004), E. en Pulgar EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A/ALCOVER GARAU, G. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, II, pp. 1250 y ss., sub art. 135.
31. Esta referencia se interpreta doctrinalmente no en referencia a lo que pudiera resultar del convenio concursal, en los que estos obligados solidarios no son parte, sino de lo que resulte de los contratos celebrados entre estos obligados y el acreedor afectado. En este sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2004), p. 1256.
32. Esta es la postura a la que llegan, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J.M. (2003), pp. 1381 y s., aunque partiendo de un caso de la praxis donde antes del convenio se había establecido por sentencia la responsabilidad solidaria del administrador

Creo, sin embargo, que ésta no es la postura adecuada. Ante todo por razones de elemental sentido común. Téngase en cuenta que los convenios implican frecuentemente esperas muy largas (de 15 y más años), que ahora con la eliminación de los límites del art. 100 de la LC, tras la reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se ven además facilitados por la propia LC³³. Sería bastante insensato entender que el caso pudiera reabrirse con los administradores tantos años después, máxime cuando el convenio se habría cumplido por la sociedad deudora. Planteamientos de este tipo son seguramente los que han propiciado una reducción del plazo general de prescripción de las obligaciones, de 15 a 5 años, en el nuevo art. 1964.2 del Código civil (CC), reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Pero junto al sentido común hay razones técnicas más precisas para descartar tal solución. Aunque la responsabilidad de los administradores es una responsabilidad solidaria entre los administradores y con la sociedad –así se estima mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia³⁴–, la función que cumple es la de convertir a los administradores en una suerte de garantes de la sociedad frente a sus acreedores³⁵, desaparecida o minimizada la función de garantía del capital social a estos efectos. Siendo ésta la *ratio legis* de la norma, lo apropiado sería aplicar por analogía el régimen de la fianza, en cuanto contrato más general de garantía que existe en nuestro Derecho, concretamente de todo lo que supone el carácter accesorio de la fianza que, entre otras consecuencias, implica la extinción de la obligación del garante (fiador), cuando se produce la extinción de la obligación principal (art. 1847 del CC)³⁶. Podemos, además,

social con la sociedad por las deudas sociales, que no es exactamente el que estamos planteando aquí, donde la acción de responsabilidad no se ha ejercitado aún.

33. Una de las causas de la eliminación de estos límites temporales con toda evidencia ha sido facilitar la resolución de los concursos de las empresas concesionarias de autopistas de peaje, mediante convenios a largo plazo (de 30 años), a fin de evitar la llamada responsabilidad patrimonial de la administración por la extinción anticipada de las concesiones.
34. En este sentido, por todos, ESTEBAN VELASCO, G. (2005), «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS* n.º 5, pp. 71 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2005), «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA) (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)», en *RdS* n.º 5, pp. 273 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J.M./ MUÑOZ PAREDES, J.M. (2003), p. 1353 y BATALLER, J., en ROJO, A./BELTRÁN, E. (2011), *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, Civitas, Cizur Menor, II, p. 2575, sub. art. 367; en contra, algunos autores como CERDÁ ALBERO, F. (2000), pp. 134 y ss. (que ya citaba, no obstante, numerosas sentencias de la jurisprudencia menor a favor de la solidaridad, p. 135, nota 137).
35. Hace una observación semejante BATALLER, J. (2001), *ibidem*.
36. Re conducen el supuesto también al régimen de la fianza, aunque en relación con el

encontrar un argumento literal en la propia dicción del art. 367 de la LSC, que habla de responsabilidad por las «obligaciones sociales», que se habrían extinguido como consecuencia de los efectos novatorios del convenio y su ulterior cumplimiento.

2.3. Influencia de la calificación del concurso

Para finalizar con este presupuesto, cabe cuestionarse si para que pueda ejercitarse la acción de responsabilidad por deudas sociales contra los administradores es necesario, además de que el concurso haya concluido, que éste en su momento se haya calificado como *fortuito* –como sucede en el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo que motiva estas páginas–, de manera que se descarte la posibilidad de entablar acciones de responsabilidad por deudas cuando el concurso sea calificado como *culpable*.

Como ya se señaló anteriormente, bajo el Derecho anterior a la reforma de la LC de 2011, se circunscribió por algunos autores la posibilidad de ejercer estas acciones al caso de que el concurso fuera calificado como *fortuito*. Creo que este planteamiento merece acogerse también bajo el nuevo régimen legal, habida cuenta de los objetivos concurrentes perseguidos por la calificación concursal y las acciones de responsabilidad por deudas sociales, que no son otros que los de incrementar las posibilidades de los acreedores de poder cobrar, pero con el matiz de que los administradores en la sentencia de calificación del concurso como *culpable* hayan sido todos ellos condenados a cubrir la totalidad del déficit patrimonial. Téngase en cuenta, en este sentido, que una reiteración en la responsabilidad de pagar las mismas deudas sociales en los mismos sujetos, primero por vía concursal y luego societaria, carecería de efectos prácticos, puesto que no supondría un incremento en cuanto a los patrimonios sujetos a responsabilidad frente a los acreedores y, por consiguiente, no incrementaría sus posibilidades de ver finalmente satisfechos sus créditos en mayor medida. Cosa que, sin embargo, sí sucedería en el caso de una previa calificación del concurso como *fortuito*, como ilustra la sentencia que ha servido de trasfondo a nuestras reflexiones, o cuando habiendo sido calificado como *culpable* hubiera administradores no condenados en la correspondiente sentencia de calificación a cubrir la totalidad del déficit patrimonial.

pago del administrador al acreedor concursal, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J.M. (2003), pp. 1357 y ss. Yendo más lejos de la aplicación analógica del régimen de la fianza aquí propugnada, MARTÍN REYES, M.A. (2012), p. 19, habla de «fianza *ex lege*», invocando el art. 1823.1 del CC.

3. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

Asimismo es presupuesto para que se puedan ejercitar las acciones de responsabilidad por deudas concluido el concurso, que las mismas no hayan ya prescrito. En este punto, debe distinguirse entre prescripción de las obligaciones sociales y prescripción de la responsabilidad de los administradores.

En relación con la *prescripción de las obligaciones sociales*, lo apropiado es entender que ésta se producirá para los administradores a la vez que para la propia sociedad, pues las obligaciones de las que se responde son las de ella misma y no otras distintas³⁷. A falta de plazo específico de prescripción, en las de origen contractual será en la actualidad el de 5 años establecido en el anteriormente citado art. 1964.2 del CC (hasta la reforma de 2015, y para las obligaciones contraídas con anterioridad a su entrada en vigor, el de 15 años).

Respecto a la *prescripción de la acción de responsabilidad* contra los administradores, tras algunas vacilaciones iniciales en doctrina y jurisprudencia³⁸, creo que hoy la posición consolidada en ambos ámbitos es la de entender que es aplicable el plazo de prescripción del art. 949 del Código de comercio (CCom), de manera que dicha acción prescribirá a los «cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo (los administradores) cesaren en el ejercicio de la administración»³⁹. El reciente establecimiento de un plazo específico de prescripción para las acciones social e individual de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por el nuevo art. 214 bis de la LSC, introducido por la reforma de la Ley 31/2014, estimo que no afecta a este tema, puesto que, por un lado, no ha derogado el ya citado art. 949 del CCom, y, por otro, la acción de responsabilidad por deudas es claramente distinta de aquellas, sin que ni siquiera, como ya se dijo, sea una acción de daños.

La prescripción de la responsabilidad de los administradores quedará *interrumpida* desde la declaración del concurso, no solo en relación con las obligaciones sociales, sino respecto a las acciones contra los administradores, por venir así establecido en la LC, actualmente, después de la reforma de la Ley 38/2001, en los números 1 y 3 del art. 60, respectivamente.

37. En el mismo sentido, BATALLER, J. (2011), p. 2578, y MIRANDA SERRANO, L.M. (2014), ap. 2.4.3.

38. Véase las referencias al debate en CERDÁ ALBERO, F. (2010), pp. 181 y ss.

39. En el mismo sentido, entre otros, SALELLES, J.R. (1997), en ARROYO, I./EMBID, J.M. (coord.), *Comentarios a la LSRL*, Tecnos, Madrid 1, pp.1043 y s.; BATALLER, J. (2011), p. 2578 y MIRANDA SERRANO, L.M. (2014), ap. 2.4.3, aunque señalando que la acción «caducará» a los cuatro años del cese en el cargo.

Concluido el concurso se reanuda su cómputo conforme a las reglas generales⁴⁰.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones que preceden, y respondiendo a la pregunta del título de este trabajo, efectivamente hay vida para los acreedores que no han podido aprovecharse de la responsabilidad concursal de los administradores, al ser calificado el concurso como fortuito, si estos incumplieron en su momento antes de la declaración de concurso su deber de promover o remover la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas. Ciertamente es una solución que plantea algunos problemas interpretativos, pero ninguno que no pueda resolverse con una hermenéutica apropiada.

En todo caso, sería deseable que en una reforma futura de la LC se clarificase en mayor medida la coordinación entre los mecanismos de responsabilidad societaria y de responsabilidad concursal, sobre todo en relación con la *acción individual*, que de momento permanece en un cierto limbo, al no decir ni palabra de ella la LC, y al socaire de las interpretaciones de doctrina y jurisprudencia, no siempre coincidentes, con el consiguiente coste de seguridad jurídica.

40. No se examinan aquí otras cuestiones que podrían plantear algunas dudas, y que son más bien de carácter procesal. Quizás la más relevante se refiere a la acumulación de las acciones de responsabilidad contra administradores, con las de reclamación contra la propia sociedad. Los problemas existentes en relación con esa acumulación debido a su atribución a órganos judiciales diferentes (respectivamente los Juzgados de lo Mercantil y de los de Primera Instancia), y que progresivamente van resolviéndose a favor de la *vis atractiva* de los Juzgados de lo Mercantil [véase MIRANDA SERRANO, L.M. (2014), ap. 2.5], aquí normalmente no cabrá ni planteárselos, pues de ordinario ya habrá desaparecido la propia sociedad como consecuencia de su liquidación.