



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas

**Calificación del concurso de acreedores y
responsabilidad de los administradores**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Cristina Borrallo Fernández
Tipo de trabajo:	Trabajo fin de Máster
Director/a:	Irene Lorenzo Rego
Fecha:	20 de julio de 2021

Resumen

Muchas empresas se ven abocadas a la solicitud de declaración de concurso de acreedores tras la imposibilidad de cumplir puntual y regularmente sus obligaciones exigibles. Si bien el concurso de acreedores es el cauce adecuado a fin de dar una correcta salida a la situación de tales empresas, ya sea mediante la reestructuración de su deuda en aras a alcanzar un acuerdo de viabilidad o mediante una liquidación ordenada, lo cierto es que no todas las compañías hacen un uso óptimo de dicho mecanismo. Dicha cuestión influirá irremediablemente en la sección de calificación del concurso.

En sede de calificación se depurarán las responsabilidades de los órganos de gestión de la compañía a fin de filtrar la responsabilidad civil del deudor en el agravamiento o la causación de la insolvencia a través del sistema de presunciones legalmente establecido, que fijará el alcance de las personas afectadas por la calificación y su grado de participación.

Palabras clave: insolvencia, responsabilidad, calificación, culpable, administrador.

Abstract

Many companies are forced to request a declaration of bankruptcy after the inability to fulfill their due obligations on time and on a regular basis. Although the bankruptcy is the appropriate channel in order to give a correct solution to the situation of such companies, either through the restructuring of their debt in order to reach a viability agreement or through an orderly liquidation, the truth is that not all companies make optimal use of this mechanism. This question will inevitably influence the seat of qualification of the contest.

At the rating headquarters, the responsibilities of the company's management bodies will be clarified in order to filter the debtor's civil liability in the aggravation or cause of insolvency through the legally established system of presumptions, which will set the scope of the people affected by the rating and their degree of participation.

Keywords: insolvency, liability, rating, guilty, administrator.

Índice de contenidos

1. Introducción.....	5
1.1. Justificación del tema elegido y objetivos a alcanzar	6
2. Consideraciones previas.....	9
3. Insolvencia frente a desequilibrio patrimonial	10
3.1. Alternativas a la declaración concursal	10
3.2. Situación de insolvencia.....	13
4. Calificación del concurso de acreedores.....	17
4.1. Definición y objeto.....	17
4.2. Apertura de la sección de calificación	20
4.2.1 De la intervención de los acreedores.....	22
4.2.2 De la intervención del Ministerio Fiscal	23
4.2.3 Del trámite de oposición del deudor y las personas afectadas por la calificación ..	24
4.3. Ámbito objetivo	25
4.3.1 Presunciones de culpabilidad.....	25
4.3.1.1. Presunciones <i>iuris et de iure</i>	27
4.3.1.2. Presunciones <i>iuris tantum</i>	31
4.3.2 Del retraso en la solicitud de concurso de acreedores.....	33
4.4. Ámbito subjetivo.....	40
4.4.1 Alcance de las personas afectadas.....	40
4.4.2 Alcance temporal	43
5. Responsabilidad concursal	44
5.1. Concepto de responsabilidad concursal	44
5.2. Diferencias con otras acciones de responsabilidad: acción social y acción penal	46

5.3. Responsabilidad de los administradores y otras personas afectadas por la calificación: De la Sentencia de calificación.....	51
5.4. Alcance de la responsabilidad	52
6. Conclusiones.....	56
7. Referencias bibliográficas	58
8. Listado de abreviaturas	65
Anexo: Vídeos de elaboración propia	66

1. Introducción

Muchos empresarios, especialmente a raíz de la crisis económico-sanitaria derivada de la pandemia por el Covid-19, se encuentran realmente preocupados por la delicada situación económica que están atravesando. Las obligaciones mensuales, la falta de ayudas públicas y una causa de fuerza mayor que les obliga a permanecer cerrados o con una actividad muy reducida, nos está abocando a cuestionarnos el tejido empresarial en su conjunto.

En concreto, hay sectores en que ya se atisba esa insolvencia más que inminente de muchas empresas, como puede ser el sector servicios y, particularmente, el de la hostelería y restauración o la planta hotelera. Por ello, es importante que se conozcan qué herramientas jurídicas tenemos a nuestro alcance, ya sea para reestructurar a las empresas, intentar cerrar acuerdos con sus acreedores, ya sea extrajudicialmente o en sede de preconcurso, o liquidarlas de una manera correcta y pacífica.

Sin duda, la institución del concurso de acreedores tiene una connotación negativa a nivel general en la sociedad, pues puede verse como un fracaso empresarial o personal, una lacra o mancha que arrastrará siempre al empresario, pero realmente, usado de una manera correcta, puede ser una herramienta muy útil de supervivencia de empresas o de liquidaciones ordenadas en el tráfico mercantil, que permitan seguir adelante al deudor mediante una nueva reinserción en la sociedad. Los efectos de conseguir los objetivos se extienden más allá del propio empresario o empresa, teniendo un efecto directo en la economía y, evitando, entre otras cuestiones, la economía sumergida o la inactividad práctica de muchas empresas que no pueden liquidarse al contar con un pasivo insatisfecho.

No obstante, la Ley Concursal, recientemente refundida mediante el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), impone una serie de obligaciones y deberes a los administradores de las empresas que no pueden obviarse en ningún caso. El incumplimiento de tales presupuestos regulados normativamente y abordados por la jurisprudencia podría abocar a la calificación del concurso como culpable, con las consecuencias económicas, patrimoniales y jurídicas que ello podría acarrear, tanto para la propia empresa como para, especialmente, sus administradores.

Por tanto, el conocimiento e interpretación de la norma y la jurisprudencia, especialmente la emanada por el Tribunal Supremo, será clave para evitar tal calificación y consecuencias negativas tanto para el propio concurso, esto es, para la empresa y sus acreedores, como para los administradores de la misma.

1.1. Justificación del tema elegido y objetivos a alcanzar

Ante una situación de imposibilidad de pago, ya sea de una manera inminente, a mayor o menor plazo, o de una manera actual, estando a los albores de la crisis de insolvencia, muchos administradores se ven en la incómoda tesitura de tener que plantearse su actividad, su modelo de negocio, o incluso su futuro.

Las situaciones de crisis económica, especialmente las vividas con las crisis del año 1929 (*crack del 29*), considerada como la peor crisis de recesión económica del sistema capitalista del siglo XX, la crisis del año 2008, por la quiebra de entidad bancaria *Lehman Brothers* en Estados Unidos, o la actual crisis económico-sanitaria derivada de la pandemia mundial decretada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) por el virus Coronavirus SARS-CoV-2 cuya enfermedad es el Covid-19, han abocado a constantes y necesarias reestructuraciones del tejido empresarial a nivel mundial y, por supuesto, a nivel nacional, así como al cuestionamiento constante de la propia fisionomía de los empresarios y las empresas.

Mientras tales crisis económicas han perdurado, muchas empresas quedaron en una quiebra técnica en un plazo de tiempo sumamente corto, sin margen de maniobra, viéndose abocadas al fracaso definitivo. Especialmente, la crisis sanitaria del Covid 19, esto es, por una causa de fuerza mayor que llegó sin preaviso imponiendo una pandemia mundial sin parangón y severos confinamientos en la población, y de la cual los Estados no han sido capaces de reaccionar de una manera rápida y eficaz por, entre otros motivos, la inexperiencia ante una situación tan desconocida, ha hecho que pequeñas, medianas y grandes empresas se vean ante una clara y manifiesta imposibilidad de cumplir con las obligaciones que le son exigibles.

A pesar de las moratorias que se han propuesto en algunos Gobiernos europeos, entre ellos el nuestro, en el deber de declararse en situación de concurso de acreedores y algunas

escasas ayudas económicas de no fácil acceso, muchas empresas ya saben cuál va a ser su destino: la desaparición.

Ante tal situación de tensión patrimonial del tejido empresarial, que tuvo que optar entre la salud y la vida y la actividad económica, muchas empresas y empresarios han tenido que reaccionar con la mayor celeridad posible y siempre con las dudas y preocupaciones de los empresarios de si tendrán que hacer frente personalmente ante tales deudas o si tendrán que asumir sanciones o pechar con consecuencias por su indebida gestión o su retraso en la toma de decisiones.

Pues bien, precisamente, mediante el presente trabajo se abordarán tales dudas a fin de poder dar respuestas a situaciones tan complejas y específicas con un impacto no solo a dichas empresas o empresarios sino a todo el tejido empresarial en su conjunto, a la competencia y a la sociedad en general.

Lo primero que se analizará es el necesario juicio de previsibilidad que tienen que hacer las compañías sobre el futuro cumplimiento de sus obligaciones y valorar la posibilidad de declararse en concurso de acreedores por la inminente situación de insolvencia en la que podrían llegar a incurrir o valorar otras opciones menos drásticas que permitan su supervivencia. Pivotará la investigación sobre el presupuesto objetivo de la declaración de concurso recogido en el artículo 2.3 de la reciente Ley Concursal (en adelante, LC) y se analizarán aquellas situaciones en las que las empresas se hallen ante un puro desequilibrio patrimonial subsanable y la insolvencia como último remedio de afrontar la situación de aquellas sociedades que prevean que no van a poder cumplir de manera regular y puntual sus obligaciones exigibles.

El objetivo general a abordar con este trabajo y sobre el que se asentará toda la investigación será la calificación del concurso de acreedores y, especialmente, el análisis de la institución del concurso culpable de acreedores, sus luces y sombras, sus presunciones y, pormenorizadamente, la responsabilidad y las consecuencias para los administradores en tal pieza de calificación. Respecto a este último aspecto se llevará a cabo una explicación pormenorizada sobre cómo influirá la solicitud voluntaria o necesaria en la declaración de concurso en la pieza de calificación del concurso y el régimen sancionatorio.

Asimismo, se llevará a cabo una investigación sobre el régimen de las personas a las que alcanzará el régimen de responsabilidad y su grado de participación en la causación o agravamiento de la insolvencia en la pieza de calificación desde una perspectiva de análisis doctrinal y jurisprudencial así como del sistema de presunciones.

Concluirá el trabajo con el análisis de la naturaleza de la responsabilidad concursal y la diferencia de ésta con otras responsabilidades civiles y penales.

El presente trabajo se plantea desde una visión crítica y empírica con propuestas de *lege ferenda* basadas en el conocimiento y experiencia profesional de la autora en la administración concursal.

2. Consideraciones previas

Debido a la reciente entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal así como por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia del COVID-19 que ha aprobado, entre otras medidas, una moratoria en la obligación de declaración de concursos de acreedores y su admisión a trámite, la jurisprudencia y doctrina que será citada mayormente en el presente trabajo de investigación será la anterior a la entrada en vigor de dicha normativa.

Asimismo, el presente trabajo de investigación estará centrado en la calificación del concurso de acreedores de empresas, no de personas naturales, aunque sean empresarias.

3. Insolvencia frente a desequilibrio patrimonial

3.1. Alternativas a la declaración concursal

Tenemos que partir del concepto de insolvencia que recoge el TRLC al abordar el presupuesto objetivo de la declaración de concurso de acreedores, el cual se enmarca en el artículo 2.3. El mismo señala que *“La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”*.

Es decir, el legislador asimila la insolvencia con la imposibilidad regular y puntual en el cumplimiento de las obligaciones. No obstante, dicha noción es amplia e imprecisa y ha sido extensamente abordada por la jurisprudencia a lo largo de los años a fin de concretar dicho concepto. Del tenor de la actual Ley Concursal se desprende que el deudor tendrá que llevar a cabo un pronóstico anticipado de su situación, fomentando el legislador el estímulo a una alerta temprana en el uso de la institución concursal a fin de intentar lograr en sede de concurso la supervivencia de la empresa o una liquidación ordenada y la exención de responsabilidad de sus administradores.

La detección del momento de pronóstico, ya sea desde una insuficiencia económica ya sea ante una incapacidad total en el cumplimiento de las obligaciones, será clave en el procedimiento y dicha cuestión no es baladí. Para CANDELARIO (2021) dicho momento de pronóstico previo es un trance psicológico que tendrá que asimilar el deudor que se encuentra en una situación de dificultad económica.

No obstante, y ante la imprecisión de la norma, la jurisprudencia se ha visto obligada a ir diseccionando y concretando dicho concepto de insolvencia y alejándolo de otras instituciones más propias de un desbalance o situación puntual de compromiso financiero.

En este punto, es importante traer a colación la jurisprudencia emanada por parte del Tribunal Supremo en cuanto a la distinción entre insolvencia y desbalance, déficit patrimonial o pérdidas agravadas, es decir, que no cabe confundir la insolvencia propiamente con el desequilibrio patrimonial. Tal y como esta autora dejó patente en uno

de sus artículos en el año 2021¹ no tenemos que caer en la confusión a la hora de decidir si la compañía debe disolverse por estar en una causa legal con el hecho de que la sociedad cumpla el presupuesto objetivo de insolvencia y tenga que solicitar la declaración de concurso.

Dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo se ve concretada en la Sentencia 590/2013, de 15 de octubre, de la Sección Primera, recurso de casación 1268/2011. Posteriormente, se han ido dictando toda una serie de Sentencias del Alto Tribunal en tal línea interpretativa, siendo importantes la Sentencia 122/2014, de 1 de abril de 2014, de la Sección Primera, recurso de casación 541/2012 o en la reciente Sentencia 874/2019, de 24 de junio, de la Sección Cuarta, recurso de casación 2765/2018.

Expone el Supremo en tales resoluciones la necesidad de distinguir entre una institución puramente de desequilibrio patrimonial, esto es, de pérdidas agravadas, que, en ocasiones, pueden reducir el capital social por debajo del mínimo legal constituyendo una causa de disolución con otra situación, como sería el acaecimiento de la causa de insolvencia.

Sostiene el Alto Tribunal en Sentencia 590/2013 que “*es frecuente que ambas situaciones se solapen*” pero como refiere nuevamente en Sentencia 122/2014, en la Ley Concursal la “*insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas*” y que, aunque “*con frecuencia se solapen, 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*”.

En la Sentencia 590/2013 anteriormente citada, se pretendía la exigencia de responsabilidad solidaria de los administradores (ex artículo 367 LSC) por el supuesto incumplimiento del deber de disolver la sociedad, estando ésta en fase de convenio concursal. Entiende el Alto Tribunal que dicha acción de responsabilidad no puede prosperar, ya no solo por los efectos de la declaración de concurso sino por la propia normativa societaria que entiende el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, al ser la concursal una normativa propia que expresamente prevé dicha

¹ La importancia de presentar un concurso de acreedores a tiempo. 6 de julio de 2021. 13.53. Disponible en <https://futurlegal.com/2021/04/19/la-importancia-de-presentar-un-concurso-de-acreedores-a-tiempo/>

institución 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*”.

Por otro lado, en la Sentencia 122/2014, precisamente se analiza un supuesto en sede de calificación del concurso en cuanto a la equiparación entre insolvencia y concurrencia de causa legal de disolución de pérdidas agravadas. En dicho supuesto, el Supremo revoca la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid que calificó el concurso como culpable y, en consecuencia, invalida los pronunciamientos condenatorios a sus administradores sociales al concluir que “*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*”. Haciendo un ejercicio a la inversa, concluye el Supremo que, pudiera ser que, por otro lado, el activo pudiera ser superior al pasivo y, pese a la apariencia de solvencia, la compañía no contase con liquidez, lo que la abocaría a un incumplimiento regular de las obligaciones exigibles y, en consecuencia, al estado actual de insolvencia.

En Sentencia 874/2019, de la Sala Cuarta, en un supuesto de derivación de responsabilidad del administrador social al que se declara responsable solidario de las deudas derivadas de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), se aplica la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia 590/2013. Ese criterio es usado precisamente por la TGSS en su recurso de casación, en base también al Criterio Técnico 89/2011 de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al amparo del artículo 18.3.7º de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dicho criterio concluye que, para que pueda derivarse la responsabilidad a los administradores sociales, la empresa debe estar en causa de disolución. Según el mismo la pura situación de insolvencia no supone, en esencia, la aparición de una causa de disolución societaria, sino que debe concurrir necesariamente la causa de disolución y ésta deberá estar debidamente justificada por los medios apropiados en el acta de liquidación o informe en el que se derive la responsabilidad a los administradores. Dichos medios, cuando sea posible, deberán acreditarse mediante el examen del balance y cuando ello no pueda darse (supuestos de no localización de la empresa o sus administradores, por ejemplo) mediante

vías indirectas como podrían ser la declaración de incobrable del crédito o la declaración judicial de haberse llevado a cabo las oportunas actuaciones de comprobación.

Aclarada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, y la escisión que la misma hace respecto a sendas instituciones (desbalance frente a insolvencia), el deudor deberá llevar a cabo un análisis pormenorizado de su situación a fin de adoptar aquellas decisiones audaces que permitan evitar la declaración de concurso y, por ende, conseguir la supervivencia de la empresa en el tráfico mercantil. Decisiones, obviamente, dentro del marco de la legalidad vigente, que obedezcan a criterios de optimización y planificación, y que, por tanto, podamos definir como diligentes e informadas, implantando planes de reestructuración. A modo de ejemplo, podrían llevarse a cabo toda una serie de reestructuraciones operativas (externalizar áreas de actividad, reducciones de plantilla o adaptación de ésta a las necesidades de la producción, análisis de los activos y sus posibles ventas o alquileres a fin de acabar con las tensiones de tesorería) o reestructuraciones financieras (solicitud de crédito a fin de capitalizarse o refinanciar el endeudamiento ya existente). También podrían llevarse a término ampliaciones de capital, ya sea dando la oportunidad a los socios de confiar en el proyecto empresarial ya sea mediante la inyección de terceros (respetando los derechos de suscripción preferente de los socios).

Y dicho análisis es precisamente importante tras un análisis estadístico del porcentaje de concursos de acreedores que acaban con la liquidación de las compañías que nos arrojan luz sobre la realidad práctica de los procesos concursales. Según datos del Registro de Auditores Judiciales y Forenses (en adelante, RAJ) del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España², en 2018, el 90% de los concursos de acreedores acabó en un proceso de liquidación, mientras que el 70% de los procedimientos concluyó porque la compañía no disponía de activos suficientes a poder liquidar.

3.2. Situación de insolvencia

A pesar de los datos estadísticos anteriormente referidos que pudieran ser un desincentivo o anticipo de cuál va a ser el desenlace previsible, si la empresa no se encuentra ante tal

² EL DERECHO.COM El 90% de los concursos de acreedores acaba en liquidación. 20 de junio de 2021, 11:06. Disponible en <https://elderecho.com/el-90-de-los-concursos-de-acredores-acaba-en-liquidacion>

situación de desbalance patrimonial, sino que propiamente está en causa legal de insolvencia, tendrá necesariamente que declararse en concurso de acreedores mediante el mecanismo legalmente habilitado que nos ofrece el actual TRLC ante el Juzgado de lo Mercantil competente, ya sea mediante reestructuraciones ordenadas bajo criterios de viabilidad a través de los oportunos convenios concursales ya sea para llevar a cabo una liquidación ordenada.

Si bien la solicitud de concurso de acreedores es el cauce apropiado mediante el cual se reparará la causa de insolvencia, recientemente se está debatiendo sobre otras instituciones que podrían remediar tal escenario, más ahora en la coyuntura económica derivada de la pandemia donde nuestro tejido empresarial pende de un hilo. En concreto, la Junta de Jueces de lo Mercantil de Barcelona y de las Islas Baleares han aprobado recientemente (el 20 de enero de 2021, en Barcelona³ y el 28 de abril de 2021, en las Islas Baleares⁴) los protocolos *pre-pack administration process of pre-packaged* o empaquetamientos previos al concurso. Esta institución, muy popular y arraigada en otros países de nuestro entorno, como son Holanda y Reino Unido, consiste en un mecanismo híbrido preconcursal que culminará con la venta de la unidad productiva en el seno del concurso de acreedores, permitiendo la continuidad de la actividad económica, si bien en un momento muy inicial del proceso. Dicha institución únicamente será aplicable para aquellas empresas que estén en situación de insolvencia.

Este mecanismo ha tenido una positiva acogida en general en el conjunto de Juzgados de lo Mercantil, como así fue debatido recientemente en el Congreso Concursal y Societario del Mediterráneo que se celebró en Palma de Mallorca los días 17 y 18 de junio de 2021, si bien

3 Il.lustre Col.legi de l'advocacia de Barcelona. Protocolo para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal. 20 de junio de 2021, 11:28.

Disponible en <https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/La-CRAJ-informa-Protocolo-para-el-procedimiento-de-tramitacion-del-pre-pack-concursal>

4 Il.lustre Col.legi d'advocats de les Illes Balears. Protocolo pre-pack concursal aprobado por la Junta de Jueces de lo Mercantil. 20 de junio de 2021, 11:31. Disponible en <https://www.icaib.org/protocolo-pre-pack-concursal-aprobado-por-la-junta-de-jueces-de-lo-mercantil/>

algunos Magistrados consideraron que estábamos frente un supuesto *ultra vires* y debería aplicarse el sistema con cautela.

No obstante, y a pesar de los avances que propone la propuesta, dicha institución no tiene expresa regulación legislativa por lo que podemos calificarla de alegal.

No obstante, e instituciones novedosas a parte, tenemos que recordar que, como ya sostuvo esta autora en uno de sus artículos en el año 2021⁵, el derecho concursal, nacido con el propósito de llevar a cabo una eficiente tutela del derecho de crédito en base a principios de justicia a fin de maximizar el patrimonio del deudor, impone todo un régimen legal de obligaciones y sanciones al órgano de administración en aquellos supuestos en que, detectada la insolvencia, no inste la oportuna demanda de concurso voluntario ante los juzgados de lo Mercantil.

El deudor, una vez hecho un análisis de previsibilidad sobre el futuro cumplimiento de sus obligaciones, debe solicitar el concurso voluntariamente antes de que sus acreedores se adelanten. Muchas empresas optan por mantenerse inactivas sin abrir un procedimiento ordenado de liquidación, abriendo paralelamente otras nuevas sociedades, continuando, en la práctica, con la misma actividad bajo otro código de identificación fiscal distinto.

Si bien en numerosas ocasiones todo queda en ese estado, en otras ocasiones se pueden ver afectadas ante reclamaciones de los acreedores por la vía del levantamiento del velo societario o, incluso, mediante la solicitud de concurso necesario por parte de los acreedores que han visto fallida la recuperación de su crédito a fin de ver éste reparado.

Que los acreedores insten el concurso necesario no es una cuestión baladí, pues ello podría llegar a acarrear una serie de consecuencias para el administrador, tanto de hecho como de derecho, y para sus cómplices, en la pieza sexta de calificación del concurso.

“Si el concurso ha sido solicitado de manera necesaria por los acreedores, el mismo se presumirá, salvo prueba en contrario, culpable para los representantes legales, administradores o liquidadores por no haber solicitado en tiempo dicha solicitud y haber agravado la insolvencia”. Tal y como esta autora ya dejó patente en uno de sus artículos en

5 La importancia de declararse a tiempo en concurso de acreedores. 6 de julio de 2021. 13:14. Disponible en: <https://www.redabafi.es/la-importancia-de-declararse-a-tiempo-en-concurso-de-aceedores/>

el año 2020⁶, “las consecuencias para tales personas obligadas, en caso de que no prueben su debida diligencia en el procedimiento judicial instado en su contra, no serán inocuas, pudiendo tener que afrontar numerosas consecuencias, como, por ejemplo, las previstas en los arts. 455 y 456 del TRLC, esto es, inhabilitaciones, pérdida de derecho como acreedor o cubrir el déficit del pasivo, entre otras”, como posteriormente se abordará.

6 La importancia de presentar un concurso de acreedores a tiempo. 6 de julio de 2021. 15:05. Disponible en: <https://futurlegal.com/2021/04/19/la-importancia-de-presentar-un-concurso-de-creedores-a-tiempo/>

4. Calificación del concurso de acreedores

4.1. Definición y objeto

Una vez declarado el concurso, ya sea mediante solicitud voluntaria del deudor o por solicitud de los acreedores mediante concurso necesario, y una vez cumplidas la fase común y la fase de convenio o liquidación, mediante el cumplimiento de las oportunas secciones previas (primera, relativa a la declaración del concurso; segunda, relativa a la administración concursal; tercera, relativa a la determinación de la masa activa; cuarta, relativa a la determinación de la masa pasiva y quinta, relativa al convenio o la liquidación), el proceso nos llevará a la fase de calificación del concurso de acreedores y sus efectos mediante la formación de la sección o pieza sexta.

La calificación del concurso de acreedores es la herramienta que va a permitir la depuración de la responsabilidad civil del deudor en el agravamiento o la causación de la insolvencia.

A través del régimen de presunciones previsto en los artículos 443 y 444 del TRLC se llevarán a cabo los oportunos juicios de reproche contra el deudor y sus posibles cómplices, así como tendrá lugar el análisis de imputación subjetiva que permitirá filtrar si ha habido un incumplimiento de los deberes específicamente regulados en la norma que originaron la insolvencia o el agravamiento de la misma o, por el contrario, la insolvencia debe declararse fortuita.

Es decir, la calificación del concurso de acreedores será un remedio procesal que permitirá indagar sobre el origen de la insolvencia y sus causas para, posteriormente, decidir si ello merece un juicio de desvalor y quién será el destinatario de tal reproche con las respectivas consecuencias patrimoniales y personales.

Señala el artículo 444 del TRLC que *“El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones”*.

Sobre esta sola causa operará todo un sistema vertebrado de presunciones, *iuris tantum e iure et de iure*, esto es, susceptibles o no de prueba en contrario, si bien es cierto que, el extenso análisis jurisprudencial a lo largo de los años sobre tales presunciones ha configurado una sustantividad propia con un cierto grado de autosuficiencia que merece un especial análisis. De hecho, la realidad práctica jurisprudencial va más allá de una mera enunciación legal genérica de tales presunciones *ad pedem litterae* y podemos concluir que los tribunales han procurado atribuir a la sección sexta la doble finalidad de proteger, por un lado, a los acreedores y, por otro, al interés general más allá de los concretos reproches en la búsqueda de la causación de la insolvencia y del papel represor hacia el empresario.

A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de su Sala Primera, 269/2019, de 22 de abril de 2016, hace una interpretación restrictiva de la calificación del concurso como culpable. En aquel supuesto, el Juzgado de Primera Instancia declaró el concurso como fortuito pero tras el oportuno recurso de apelación formulado por la Administración Concursal ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta, mediante una *revisio prioris instantiae* concluyó en que debía calificarse como culpable y como persona afectada por la calificación al administrador único de la compañía, al que se inhabilitó temporalmente para administrar bienes ajenos y representar a terceros, a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor y a cubrir el déficit del pasivo de la compañía deudora. Finalmente, el Alto Tribunal procede a analizar todas y cada una de las presunciones de culpabilidad y finalmente declara el concurso como fortuito al entender que, entre otras, las mismas no se dan con carácter automático y no quedaron debidamente probadas sin que deba pechar sobre el administrador todo el juicio de reproche que la Audiencia entendió merecía.

Hay que considerar que el juicio de calificación responde a un doble valor privado y público, ello, por cuanto, por un lado, hará un análisis sobre un posible ilícito civil privado, imponiendo toda una serie de consecuencias patrimoniales concretas, mientras que se va a permitir instar un posterior enjuiciamiento de un posible ilícito público y penal, tal y como establece el artículo 462 del TRLC, sin que haya incompatibilidad de responsabilidades, como posteriormente se abordará en cuanto a la diferencia de responsabilidades.

Por otro lado, la calificación del concurso cuenta con una doble utilidad, ya que, por un lado, tiene un objetivo puramente sancionador, pero, asimismo, obedece a una finalidad

instrumental, de contenido básicamente económico para la propia liquidación del patrimonio del deudor. Es decir, cuenta con un doble propósito sancionador e indemnizatorio.

De un análisis empírico en la aplicación práctica de la institución de la calificación, este sistema desincentiva la espontaneidad en la solicitud de concurso voluntario por parte de los empresarios y en la judicialización de la insolvencia ante, básicamente, el temor de tener que acabar pechando con consecuencias privadas y patrimoniales severas. Además, en algunos casos, a pesar de la imputación por sentencia de determinadas consecuencias, desgraciadamente, viene siendo práctica habitual que el administrador condenado en algunos casos siga actuando en el tráfico empresarial por las vías de hecho.

Asimismo, y derivado de la doble utilidad anteriormente referida, pudiera ser que la pieza de calificación no tuviera la utilidad práctica que requiere en beneficio de los acreedores y que, por ejemplo, pudiera ser más interesante, en términos de utilidad y a efectos de favorecer a los acreedores, llevar a cabo acciones de reintegración sobre aquellos bienes que fueron sustraídos de la masa de manera indebida, esto es, en sede del artículo 455.2.4º TRLC, y por tanto, llevar a cabo una tramitación más ágil dentro del procedimiento y también menos onerosa.

No obstante, no podemos dejarnos llevar por criterios puramente de rendimiento sino que es necesario el abordaje de la averiguación de la causa de insolvencia a fin de que esta tenga los oportunos reproches de ser ello necesario, y tenga un efecto disuasorio para el mercado y el orden económico con el mensaje de que la indebida gestión, diligencia y lealtad que se impone al órgano de administración así como las actuaciones dañinas, puede y debe tener consecuencias.

Asimismo, y si bien de forma indirecta, al no contar en nuestra actual legislación con una concreta regulación sobre la concesión responsable del crédito, como señala MONSERRAT (2017), especialmente, el financiero, pero también el comercial, es difícil instrumentar un correcto sistema de responsabilidad de los administradores cuando la concesión del crédito no está regulada ni supervisada en base a estándares de transparencia y solvencia.

Yendo más allá, el proceso de calificación del concurso ha tenido numerosas críticas, entre ellas, las de FRAU (2014), cuando señala que la norma no ha acertado, ni tan siquiera, en la

denominación de algunas instituciones y que, especialmente en la pieza de calificación nada mejora, pudiendo generar confusión en su aplicación práctica procesal. Desde el concepto de informe de calificación cuando realmente es una demanda tradicional en los términos de la Ley Rituaria (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) hasta la curiosa denominación de las personas afectadas por la calificación cuando, realmente, van a ser parte demandada, llamadas al procedimiento mediante su postulación procesal.

Insiste FRAU (2014) en que dichas vaguedades terminológicas del legislador pudieran generar una cierta confusión práctica o perplejidad en los tribunales al tener ciertas dudas, en numerosas ocasiones, del papel procesal que tendrán los acreedores personados en la pieza de calificación o cualquier otro interesado.

4.2. Apertura de la sección de calificación

El legislador ha pretendido que la sección de calificación concursal únicamente tenga lugar en unos supuestos determinados: la aprobación de un convenio con los acreedores que pueda resultar especialmente gravoso para éstos, la apertura de la sección de calificación, o a través de la declaración de incumplimiento de un convenio que haya sido previamente aprobado. Por lo que podemos afirmar en rotundidad que no es una sección procesalmente imperativa del procedimiento concursal.

La misma resolución que apruebe el convenio o el plan de liquidación en los casos anteriores ordenará la formación de la sección sexta. La parte legitimada para instar la calificación del concurso serán la administración concursal y el Ministerio Fiscal, esto es, serán los únicos que ostentarán la titularidad exclusiva de la acción de calificación. No obstante, dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución, cualquier acreedor o persona que pueda acreditar tener un interés legítimo podrá personarse en dicha pieza sexta a fin de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable.

Tras lo anterior, el Letrado de la Administración de Justicia emplazará a la administración concursal a fin de que ésta, en el plazo de quince días, presente un informe motivado sobre los hechos relevantes de la calificación con una concreta propuesta de resolución. En caso de que la administración concursal considere que el concurso debe ser culpable instrumentará

su escrito de calificación con la estructura propia de una demanda en los términos del artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) mediante la cual se expondrá la identidad de las personas afectadas por la calificación (asimila el legislador desacertadamente la afectación a la condición de demandado), justificando la causa y los concretos daños y perjuicios ocasionados. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia 203/2016, Sección 1^a, de 1 de abril de 2016 ha analizado la estructura de los informes señalando que *“la Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del ministerio fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda”*.

Dicho informe deberá contener una pretensión de condena concreta, determinada e individualizada en virtud del principio de justicia rogada consagrado en el artículo 216 de la LEC y de manera congruente en virtud del artículo 218 LEC. Según el Tribunal Supremo, en Sentencia 650/2016, de la Sala Primera, de 3 de noviembre de 2016, señala que deberá hacer una justificación añadida para condenar a las personas afectadas por la calificación a la cobertura del déficit patrimonial por cuanto la mera calificación de culpabilidad no determina consecuentemente la cobertura de la deuda sino que es necesario que concurran razones adicionales relacionadas con el propio objeto de la condena que justifiquen su pertinencia.

Seguidamente, el informe de la Administración Concursal será trasladado al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de diez días emita su dictamen, con la misma estructura y contenido que el de la administración concursal. No obstante, se aprecia en la práctica que dicho informe no cumple con los estándares legales, haciendo una clara remisión al de la administración concursal al que suele adherirse sin entrar en consideraciones particulares. En caso de silencio, se entenderá que no se opone a la calificación propuesta.

Si ambas propuestas califican al concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, dictará Auto con archivo de las actuaciones, sin dar la posibilidad de recurso. Por el contrario, si se califica el concurso como culpable, se dará traslado a las partes afectadas (esto es, a las partes demandadas) a fin de que comparezcan en la sección y aleguen cuanto a su derecho convenga.

En caso de que éstas formulen oposición, la misma también deberá tener la estructura de contestación a la demanda en los términos del artículo 405 de la LEC y, tras ello, se dará trámite según el procedimiento del incidente concursal. Todas las oposiciones en dicha pieza se tramitarán, de manera conjunta, en el mismo cauce incidental a fin de salvaguardar el principio de economía procesal.

En cuanto a la forma de dichos escritos, si bien la normativa concursal tiende a una cierta confusión en su denominación, el Tribunal Supremo ha matizado tal cuestión. En particular, en su Sentencia de la Sala Primera de 22 de abril de 2010 refirió que el trámite de oposición es una auténtica contestación a la demanda donde deberán exponerse los hechos reveladores alegados en el escrito de calificación, admitiéndolos, esto es, formulando allanamiento o negándolos, a través de un escrito de oposición. Con ello, el Supremo zanja la posible controversia dejando claro que no es una nueva demanda de oposición que a la práctica implique una inversión de las posiciones procesales. Así las cosas, no habrá un trámite posterior de refutación por parte de la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Una vez formulado tales escritos, con carácter final se dictará Sentencia por parte del mismo Juzgado de lo Mercantil, que declarará el concurso como fortuito o como culpable. Sobre dicha resolución cabrá interponer recurso de apelación.

4.2.1 De la intervención de los acreedores

La norma lleva a cabo un régimen restrictivo y especial que limita las facultades de intervención de los acreedores en la sección de calificación. Tales restricciones las hallamos reguladas en los artículos 447 y 453 del TRLC. Tal y como se ha expuesto anteriormente, si el Informe de la administración concursal y del Ministerio Fiscal califica el concurso de fortuito, la intervención de los acreedores queda desactivada, no pudiendo alegar motivo alguno, encontrándose con un Auto que archivará el procedimiento.

Por tanto, podemos concluir que quedaría fallido el último intento de cobro que pudiera tener el acreedor ante un concurso con un escaso activo que ha impedido el cobro de su crédito y, en consecuencia, la expectativa de que el administrador, liquidador o cualquiera de los cómplices tenga que cubrir el déficit del pasivo insatisfecho.

Tal limitación de la facultad de intervención de los acreedores ya ha sido extensamente abordada por la jurisprudencia. En concreto, el Tribunal Supremo en Sentencia 560/2015, de 3 de febrero de 2015, abordó tal cuestión. En dicha resolución la administración concursal y el Ministerio Fiscal interesaron la calificación de culpable. La Agencia Tributaria solicitó también la condena de los administradores por déficit concursal. En la instancia se calificó el concurso como culpable pero no se condenó por déficit concursal al no existir solicitud de condena por los legitimados para ello. Se negó, en consecuencia, la legitimación a la Agencia Tributaria para impugnar la sentencia por cuestiones no solicitadas por los legitimados.

La Sala confirmó que la legitimación de los acreedores en el procedimiento está claramente delimitada y sujeta a condición. Se les reconoce *“la condición de parte y la posibilidad de intervenir como coadyuvantes pero se acomoda a la intervención adhesiva simple del 13.1 de la LEC”*, en tanto en cuanto los terceros no pueden sostener pretensiones distintas a las que figuran en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Ministerio Público, que son las que constituyen el objeto del proceso. Tanto la administración como el garante público son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que pueden ser tenidas en cuenta por el Juez a fin de calificar el concurso, no teniendo tal posibilidad de accionar tal propuesta los acreedores.

Dijo el Alto Tribunal que, en ese caso en cuestión, no se estaba negando la posibilidad de actuar a la Agencia Tributaria como parte coadyuvante, esto es, no le fue obstaculizada la posibilidad de apelar la resolución dictada en la instancia pero sí se le negaba la impugnación de la sentencia de calificación del concurso por cuanto se pretendían llevar cuestiones al proceso que no habían sido recogidas en los informes de calificación de la propia administración concursal y que, consecuentemente, no formaban parte de la controversia en cuestión.

4.2.2 De la intervención del Ministerio Fiscal

Como se ha introducido anteriormente, junto a la administración concursal, el Ministerio Fiscal es el verdadero titular de la acción de calificación. De hecho, el Ministerio Fiscal puede actuar de manera absolutamente autónoma a la administración concursal y concluir en la calificación culpable del concurso a pesar de que la Administración lo haga fortuito. En caso

de que discrepe, deberá presentar escrito con los requisitos de la demanda del artículo 399 de la LEC.

No obstante, de la práctica procesal, es posible concluir que la intervención del garante público es puramente residual. A pesar de la importancia que tiene en todo procedimiento, tiene un papel habitualmente secundario. No se lleva, por parte de este órgano, el estudio pormenorizado y minucioso que la institución merece. A lo sumo, suele llevar a cabo un maridaje de lo dicho por parte de la Administración Concursal si bien lo frecuente es un escrito de adhesión.

Tal son así las cosas que la intervención del Ministerio Fiscal no está exenta de polémica en la doctrina. Si bien unos abogan por su presencia como garante del proceso, como son DIAZ MARTINEZ (2009), otros se muestran diametralmente claramente críticos, como son GARCÍA-CRUCES (2004), quienes rechazan la intervención de la figura al no hallar justificación alguna, siendo una cuestión totalmente acrítica que la aportación al proceso es totalmente prescindible.

Es opinión de esta autora que, si bien su figura de garante público del orden mercantil pudiera ser interesante, su intervención es absolutamente innecesaria y poco funcional, convirtiéndose en una figura simbólica que poco aporta al proceso más allá del ofrecimiento de días procesales que permite a la persona afectada aventajar a fin de preparar su escrito de oposición desde que es notificado el informe de calificación de la administración concursal.

Si su figura se pretende mantener por parte del legislador a fin de garantizar la posible represión penal que pudiera derivarse en sede de calificación, pudiera ser de relevancia que se librara un mero testimonio de lo actuado al Ministerio Fiscal, a efectos de que éste pudiera iniciar los trámites que considerase oportunos. Es importante destacar que el Juez de lo penal no se halla vinculado por la calificación civil y que los delitos penales que pudieran dilucidarse no precisan de una resolución civil previa.

4.2.3 Del trámite de oposición del deudor y las personas afectadas por la calificación

El trámite de oposición por el deudor y por las personas afectadas por la calificación se sustanciará mediante escrito de oposición en los términos del artículo 405 de la LEC, esto es,

deberán exponerse los fundamentos de la oposición, negándose o admitiéndose mediante allanamiento, los hechos alegados en el escrito de calificación (demanda). En el mismo deberán también alegarse las excepciones procesales que se consideren oportunas y que pudieran invalidar la prosecución del procedimiento judicial.

El cauce por el cual se tramitará tal oposición tras la calificación será mediante el trámite del procedimiento incidental, legalmente recogido en los artículos 532 a 543 del TRLC. Dicho incidente, que no tendrá efectos suspensivos con carácter general, y se seguirán los cauces del juicio verbal previsto en el artículo 250 de la LEC hasta el dictado de la oportuna resolución.

4.3. Ámbito objetivo

4.3.1 Presunciones de culpabilidad

El presupuesto objetivo del concurso es la generación o agravación de la insolvencia. El concurso se presumirá culpable cuando en dicha generación o agravación hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores o liquidadores, ya sean de derecho o de hecho, directores generales y, de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, hubieran tenido cualquiera de estas condiciones. Entre el hecho y la imputación de la generación o agravación de la insolvencia debe haber un nexo causal o conexión. Actualmente la pieza de calificación del concurso de acreedores la encontramos en el Título X del TRLC, artículos 441 a 464, ambos inclusive. En cuanto a las presunciones de culpabilidad, las hallamos en el Capítulo I, en los artículos 441 a 445. En la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ya derogada, se dedicaba el Título VI, artículos 163 a 175, ambos inclusive, dedicando los artículos 164 y 165 a las presunciones de culpabilidad.

Previamente a entrar en un análisis pormenorizado de dichas presunciones es de relevancia abordar las modificaciones que ha recogido el TRLC respecto a la anterior norma.

La primera distinción que cabe hacer es en relación a las personas que se pueden ver afectadas por la calificación, pues la actual norma ha eliminado al apoderado general y al socio de la empresa que no ha colaborado con la Administración Judicial o con el Juez al no haber aportado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no

hubiera asistido a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

A pesar de tal supresión, ha optado por introducir la figura del director general. Con dicha modificación el legislador pone el foco en la realidad de la gestión propia de una empresa, ya que, en numerosas ocasiones, el apoderado no tiene ningún poder de gestión real sobre la compañía, que es lo realmente relevante a efectos de calificación concursal. No obstante, con tal introducción surge el problema práctico en cuanto a la regulación legal de la figura, pues dicho director general no se halla regulado en la propia normativa de sociedades de capital ni ostenta publicidad ante el Registro Mercantil. Así las cosas, debería acompañarse tal extensión concursal con la oportuna regulación normativa en el texto de la Ley de Sociedades.

En cuanto a las presunciones de culpabilidad, no existen modificaciones sustanciales por lo que continuamos con la rigidez del sistema de las presunciones previsto en la normativa anterior, si bien se introducen matizaciones que sí precisan de análisis hermenéutico.

La primera distinción es la denominación que hace el legislador respecto a las presunciones *iuris et de iure* a las que en el artículo 443 las califica de supuestos especiales. Es decir, al dotar el legislador bajo tal calificación lo distingue, sin duda, de lo normal, que serán la presunciones *iuris tantum* del artículo 444. No obstante, se mantiene la expresión “en todo caso”, la cual ha sido analizada en Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 644/2011 de 6 de octubre, 298/2012, de 21 de mayo y 492/2015, de 17 de septiembre como una expresión que “*no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que - cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador*”.

En cuanto al contenido de las presunciones *iuris et de iure* cabe apreciar que el legislador ha alterado el orden de los seis supuestos previstos en la norma anterior, si bien su contenido se mantiene invariable. Dicha alteración tenemos que creer que tiene algún sentido lógico, y no es una mera paradoja. El refundidor del TRLC, a nuestro modo de ver, ha alterado el *numerus* de la norma al ser en ese orden los supuestos que más habitualmente tienen impacto jurisprudencial.

En relación a las presunciones *iuris tantum*, esto es, sobre las que cabe prueba en contra, y las que para el actual legislador son comunes, cabe apreciar que los supuestos del artículo 165.1 de la Ley 22/2003 se mantienen, tanto en su orden como en su contenido, en el actual artículo 444 del TRLC. No obstante, el legislador ha eliminado el artículo 165.2 que fue introducido con la reforma de Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal por el cual se culpabilizaba al socio o administrador que se hubiera negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o emisión de valores y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación del artículos 71 bis (respecto a acuerdos no rescindibles de refinanciación) o en la disposición adicional cuarta (homologación de acuerdos de refinanciación) o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

Analizadas tales modificaciones veamos cada una de las presunciones que recoge el TRLC partiendo de la base de que, respecto a las presunciones *iuris tantum* la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara cuando señala (entre otras, en Sentencia de la Sala Primera 279/2019, de 22 de mayo) que si bien para alcanzar la calificación de culpabilidad del concurso la administración concursal tan solo tiene que probar la existencia de causa, para obtener una condena a la cobertura del déficit se requiere un esfuerzo argumentativo a fin de probar que tal actuación llevada a cabo por la persona afectada tuvo como consecuencia directa la causación o agravación de la insolvencia.

Para el Tribunal Supremo, este esfuerzo analítico “*constituye un obstáculo insalvable para un amplio elenco de causas de culpabilidad de las que habitualmente fundan las solicitudes de concurso*”.

4.3.1.1. Presunciones *iuris et de iure*

El artículo 443 del TRLC estipula, *numerus clausus*, una serie de supuestos especiales de culpabilidad sobre los que no cabe prueba en contra, esto es, tipifica toda una relación de conductas cuya consumación legitima la conclusión de culpabilidad del concurso y atribución de responsabilidad a los sujetos afectados, todo ello con independencia de que dichas conductas puedan ocasionar un mayor o menor grado de agravamiento de la insolvencia o un mayor o menor grado de culpabilidad o dolo durante la realización de las mismas por

parte de los administradores, de hecho de derecho, los liquidadores o los directores generales.

Conforme al artículo 443.1º se calificará culpable el concurso si el deudor “*se hubiera 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*”. Con esta causa se culpabiliza la salida fraudulenta del patrimonio del deudor bienes o derechos.

La calificación de concurso tendrá lugar con independencia de que dichos bienes sean traídos a la masa mediante las oportunas acciones de reintegración que pudiera llevar a cabo la administración concursal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en las Sentencias de la Sala Primera 174/2014, de 27 de marzo, 191/2009, de 25 de marzo o la 406/2010, de 25 de junio, ha ido contando con una interesante evolución hasta concluir que, para que concurra el elemento de fraude, no es preciso la existencia de un *animus nocendi*, esto es, un propósito de perjudicar como acto volitivo sino únicamente la *scientia fraudis*, es decir, la conciencia de que se está originando y causando un determinado perjuicio.

En relación al artículo 443.2º TRLC se calificará también como culpable “*cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*”. El concepto de fraudulento se relaciona con la conciencia en la generación de un perjuicio para los acreedores a través de un hecho lesivo para la masa. A modo de ejemplo, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de abril de 2015, se calificó, en base a esta presunción, como culpable el concurso al haber repartidos la empresa dividendos a un socio meses antes de la solicitud de concurso, al entender que aquella salida era un negocio simulado al estar la empresa, según la contabilidad, en situación de insolvencia. A pesar de que el socio alegó en el procedimiento que dicha salida obedecía a una compensación de pérdidas con cargo a fondos propios, la Sala concluyó, a modo de ver de esta autora muy acertadamente, que “*la salida de bienes o derechos a que se refiere el precepto no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión*

o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento".

Por su parte, el artículo 443.3º TRLC señala que *"cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia"*. Con esta calificación se pretende castigar al deudor que ha hecho creer, de manera errónea a los acreedores, una situación ficticia que ha comportado una distorsión en el comportamiento de éstos. A los requisitos que la propia señala hay que sumar los que jurisprudencialmente se han delimitado (entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 14 de noviembre de 2013). Por un lado, dice la jurisprudencia que la actuación ha tenido que ser idónea a fin de que los acreedores se la hayan creído. Por otro lado, dicha situación de ficción ha de tener relevancia y ser acorde con el objetivo de distorsión en el comportamiento llevado a cabo por los propios acreedores y, finalmente, esa actitud simulada no tiene que estar prevista en la enumeración legal.

Por otro lado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 443.4º TRLC será, en todo caso, culpable el concurso *"cuando 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."*.

Este precepto, como señala ORTIZ (2016), abarca todo tipo de conductas a nivel temporal, esto es, tanto las previas al concurso como las posteriores a éste. En cualquier caso, señala la autora que, esta presunción, más que afectar a la generación de la propia insolvencia, lo que realmente se está proyectando es la agravación de la misma en un momento posterior.

En este caso, estamos frente a un tipo de mera actividad, esto es, la presentación inexacta de los documentos, con independencia de que la presentación de los mismos haya generado o no un daño.

En relación a la presunción del artículo 443.5º TRLC lo que realmente se está castigando es la actitud de incumplimiento en la obligación de la llevanza contable así como la llevanza de una doble contabilidad o se hubiese cometido una irregularidad relevante que dificultase la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la compañía.

Y dicha irregularidad, además, tiene que nacer con el objetivo de dificultar y entorpecer la comprensión real de la situación económica y contable de la compañía a fin de generar confusión en la lectura de la contabilidad. Además, no cualquier incumplimiento en la relevancia de la contabilidad supondrá, *per se*, una calificación de culpabilidad sino que tal relevancia, entendida como grave, incontestable, tiene que ser suficiente a fin de que un tercero no pueda comprobar la imagen fiel de la situación económica y financiera en los términos del Código de Comercio. En la jurisprudencia menor, los supuestos que más se han reproducido han sido los siguientes: la falta de activación de deudas, el desfase contable entre las cuentas anuales y el resto de documentos contables, la inclusión de gastos extraordinarios no justificados, la falta de observación de los principios de contabilidad, la imputación incorrecta de partidas contables o la reducción injustificada del valor de las existencias. A modo de ejemplo, cabe citar, entre otras muchas, las Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a, de 23 de abril de 2013, 10 de abril de 2013 o 9 de abril de 2013, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8^a, de 14 de junio de 2013, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1^a, de 2 de mayo de 2013 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5^a, de 26 de marzo de 2013.

Finalmente, el artículo 443.6.^º TRLC recoge como presunción la apertura de la liquidación de oficio ante un incumplimiento del convenio alcanzando con los acreedores cuya causa sea imputable directamente al concursado. Así las cosas, con esta calificación no se castiga el incumplimiento propiamente del convenio sino el deber de solicitar la liquidación que se impone al concursado cuando, durante la vigencia del mismo, conoce que no puede cumplir los pagos y obligaciones a los que se comprometió y, en vez de ello, se mantiene al incumplimiento, abocando al procedimiento a incidentes concursales a fin de conseguir la rescisión del convenio. El legislador, con esta manifestación en sede de calificación sin prueba en contra, protege la figura del convenio como verdadero espíritu del procedimiento concursal y fomenta que sea el propio deudor el que se adelante a tal petición, castigando a éste en aquellos supuestos en que no lleva a cabo tal actuación y tiene que repararse de oficio.

Al respecto de lo anterior, el Supremo se ha pronunciado tardíamente sobre este artículo (en su anterior versión del artículo 164.2.3^º). De hecho, lo hizo por primera vez en Sentencia

1647/2016, de 13 de abril de 2016, por la que concluyó que con esta presunción se revive el enjuiciamiento de lo que no pudo ser enjuiciado anteriormente al aprobarse el convenio y que lo que se pretende es el castigo por el cumplimiento frustrado del convenio cuando la base del incumpliendo sea imputable al deudor.

4.3.1.2. Presunciones *iuris tantum*

Mientras que en el anterior artículo 443 del TRLC se recogían toda una serie de causas de culpabilidad sobre las que parte afectada no ostenta prueba en contra, el artículo 444 propone tres escenarios de culpabilidad *iuris tantum*. En primer lugar, en el apartado primero de dicho artículo se castiga el deber de solicitar de manera voluntaria el concurso, por lo que, como posteriormente se abordará de manera separada y pormenorizada al ser un punto primordial de este trabajo, se presumirá concurso culpable si en concurso ha sido solicitado de manera necesaria por los acreedores.

En segundo lugar, se presume culpable si el deudor, o sus representantes, administradores o liquidadores, no hubieran sido diligentes en la colaboración, tanto con el juez del concurso como con la propia administración concursal a fin de facilitar toda aquella información y documentación relevante para el interés del propio concurso o no hubieran asistido a las oportunas juntas de acreedores cuando su presencia hubiese sido determinante a fin de alcanzar la aprobación de un convenio.

De la experiencia que esta autora ostenta en la administración concursal, esta causa es fundamental para conseguir que el deudor colabore en el concurso ya que, generalmente, en empresas que están en fase de liquidación o presuponen que acabarán en ella, suele haber una dejadez manifiesta de funciones que imposibilita a la administración concursal el control y la llevanza de la empresa y, en consecuencia, la correcta tramitación del concurso y la protección de los acreedores, haciendo que su trabajo sea de muy difícil o imposible realización. La amenaza, en el buen sentido de la expresión, por parte del administrador concursal de la calificación como culpable y la afectación patrimonial del administrador social no colaborador, es el único incentivo para que la empresa colabore en la entrega de documentación y contabilidad, así como entrada en las instalaciones de la compañía. Si el legislador no hubiera contemplado esta presunción, en la práctica, los concursos quedarían

al albur de la buena fe del empresario, que, en ocasiones, es muy diligente, pero desgraciadamente, no suele ser lo frecuente.

En tercer y último lugar, la norma penaliza al deudor en el artículo 444.3º TRLC si no ha presentado la oportuna contabilidad en alguno de los últimos tres ejercicios contables anteriores a la declaración concursal, o no se hubiesen formulado las cuentas anuales o no las hubiera sometido a auditoría si fuera necesario. También se castiga la ausencia de depósito de las mismas ante el Registro Mercantil, garante frente a terceros de la imagen fiel de las compañías.

Sorprende la categoría de presunción salvo prueba en contra que hizo el legislador y que mantiene el refundidor al entender que cabe prueba en contra en aquellos casos en que no se ha presentado contabilidad durante tres ejercicios. Es un hecho sobre el que no cabe probar lo contrario, pues las cuentas anuales se presentan y depositan en el Registro Mercantil o no, es irrefutable. Lo cierto es que la empresa podrá probar el motivo por el cual no pudo presentar la contabilidad pero no el hecho de no haberlo hecho si realmente no lo hizo. Cualquier tercero que acceda al Registro Mercantil podrá comprobar si dicha mercantil ha depositado sus cuentas.

De hecho, esta presunción puede confundirse con la del artículo 443.5º TRLC en cuanto a la irregularidad contable relevante. Lo que sí puede generar dudas es la presentación tardía de la contabilidad, antes o durante la tramitación del procedimiento judicial, de manera que el incumplimiento, por presentación extemporánea de la contabilidad, puede tener menos entidad. El momento en que dicha contabilidad tenga presentación será importante, no siendo lo mismo si la presentación se hizo antes del concurso que durante la tramitación del mismo.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, en Sentencia 1368/2014, de 1 de abril de 2014), que, a su vez, fue variando durante los años, llegando a adoptar posturas anteriores en un análisis crítico de su propia jurisprudencia, que lo que realmente se culpabiliza, cabiendo prueba en contra es si dicha ausencia contable agravó o no la insolvencia del deudor, que es lo relevante.

4.3.2 Del retraso en la solicitud de concurso de acreedores

Se castiga con dicha calificación de culpabilidad el incumplimiento en el deber de solicitar la declaración del concurso. Por tanto, se castiga la presentación de concurso voluntario o la presentación tardía del mismo una vez detectada la insolvencia, esto es, una vez detectado el presupuesto objetivo del concurso. Dice el artículo 444.1º TRLC que *“el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”*.

Es doctrina jurisprudencialmente consolidada (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio; 122/2014, de 1 de abril; 349/2014, de 3 de julio y 275/2015, de 7 de mayo) que el administrador de la mercantil ha tenido que incurrir en un incumplimiento legal en el deber de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo como la culpa grave, y que con dicho incumplimiento se ha agravado la situación de insolvencia. Cabrá, por tanto, prueba en contra a favor de la sociedad, de que con dicho retraso no se ha agravado la situación de insolvencia de la compañía y, por lo tanto, no ha habido perjuicio para la masa pasiva del conjunto de acreedores.

Dijo el Pleno del Tribunal Supremo, en Sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, que con esta calificación se penaliza el hecho de haber agravado la insolvencia y haber aumentado el déficit patrimonial de la compañía cuando esta seguía operando en el tráfico mercantil cuando ya no debería hacerlo. La empresa debería declararse en concurso y no seguir operando y contrayendo nuevas obligaciones y derechos frente a terceros cuando sabía que ya no iba a poder cumplir con los mismos de una manera regular. Focaliza el Alto Tribunal que influirá la demora, esto es, el lapso temporal transcurrido entre cuando debió formular la solicitud y cuando finalmente se llevó a término así como el aumento del déficit patrimonial que con tal actuación se ha agravado a fin de determinar el grado de culpabilidad en la pieza de calificación.

Es importante señalar que la correlación de presentación tardía con la agravación de la insolvencia no es automática sino que cabrá prueba en contra por parte del deudor que dicho incumplimiento no reviste de una esencialidad e identidad suficiente. Lo trascendental, según la jurisprudencia expuesta, en relación al deber de solicitar el concurso,

no es cuándo se conoce la situación de insolvencia sino cuándo aquella debió conocerse. Se castiga, precisamente, con la norma, la dejadez en el control de la empresa que, estando incursa en causa legal de no poder cumplir regular ni puntualmente las obligaciones que le son exigibles, no pone remedio ante tal situación.

No es cuestión fácil tampoco determinar el *dies a quo* en el que se conoce el estado de quiebra, bastando con que el conocimiento de dicho estado tenga lugar en un momento anterior a los dos meses siguientes a la fecha en que se conoció o debió conocer el estado de insolvencia actual en los términos del artículo 5 del TRLC.

Dicho precepto, en su apartado segundo, nos da más información en relación a tal momento cuando determina que “*se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado*”.

Tampoco cabe confundir lo expuesto anteriormente en cuanto a la situación de desbalance o pérdidas agravadas en que pudiera estar incursa la empresa. No cabe caer en el error de asimilar, de manera automática, unos fondos propios negativos con la situación de insolvencia, como en numerosas ocasiones sucede en la práctica y como ya se ha abordado anteriormente.

La primera Sentencia que abordó esta cuestión fue la Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2011. En ese pronunciamiento, el Alto Tribunal concluyó que el concurso se calificará de culpable cuando en la generación o el agravamiento de la insolvencia hubiese mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes. Dijo el Supremo que tal causa no exonera de la propia exigencia de que la conducta sea causal desde el prisma de la generación o desde la óptica del agravamiento de la insolvencia.

Dicho criterio, si bien se ha ido matizando o aclarando a lo largo de los diez años en que fue dictada tal resolución, se mantiene. De hecho, en reciente Auto de 20 de enero de 2021, se inadmitió un recurso de casación precisamente al no existir interés casacional en la interpretación del artículo 165.1.1º de la Ley 22/2003. Ha dicho el Alto Tribunal en tal resolución que “*Se trata, por otra parte, de una consecuencia lógica del principio "id quod plerumque accidit" [lo que normalmente sucede], puesto que el retraso en solicitar la*

declaración del concurso suele provocar una agravación de la insolvencia del concursado, por lo que sin necesidad de tal presunción legal, la carga de la prueba de que tal agravación no se ha producido recaería también sobre las personas afectadas por la calificación por cuanto que se trataría de un hecho excepcional".

Como así ha sostenido ORTIZ (2016) de manera crítica, esta cuestión influye en la seguridad jurídica, la cual exige un esfuerzo superior de razonabilidad que cuesta considerar si ni tan solo se está identificando un período en el que puedan concurrir los presupuestos que se recogen en el artículo 5 de la Ley Concursal.

Interesante debate se plantea en la relación entre la presentación tardía en la presentación del concurso de acreedores con las acciones de rescisorias de reintegración que puedan plantearse durante el procedimiento, en virtud de los artículos 226 y ss del TRLC o los remedios extraconcursales que puedan plantear los acreedores antes de la declaración del concurso por la vía de las acciones paulianas de los artículos 1.111 y 1.291 del Código Civil.

Como ha dicho SANCHO GARGALLO (2017) sobre dicho extremo, en relación a la exigencia del *consilium fraudis* para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, se ha mitigado el rigor en su interpretación, hasta el punto de que es suficiente que el deudor conozca el eventual perjuicio, siendo suficiente la conciencia de que con tal actuación, esto es, la enajenación se está generando un perjuicio.

Y es que dicho retraso puede venir acompañado, por parte del deudor, en acciones cuanto menos cuestionables y en la celebración de negocios jurídicos con terceros que atenten la paz de la masa pasiva. Todas esas actuaciones tendrán una necesaria afectación a la pieza de calificación.

El conflicto surgirá en el momento de determinar el momento en que se deba detectar la insolvencia y en este punto son numerosos los planteamientos que pueden hacerse. A modo de ejemplo, con la protección del deudor tras la comunicación del antiguo artículo 5 bis, actualmente recogido en el artículo 583 del TRLC relativo a la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, en que el deudor, estando en causa de insolvencia, ya sea actual ya sea inminente comunicará al juzgado la apertura de negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación (no singular) con los acreedores. Si bien el deudor no solicita

propiamente la declaración de concurso sí que está ocupándose, formalmente, de su situación de insolvencia, que es lo que la norma, a modo de ver de esta autora, está penalizando. El legislador, no obstante, delimita el momento de la comunicación de esa apertura de negociaciones, señalando que sólo podrá realizarse antes del vencimiento del plazo legalmente establecido, esto es, de dos meses ex artículo 5 del TRLC, para cumplir el deber de solicitar el concurso.

Con la comunicación de ese 583 del TRLC el deudor va a quedar dispensado temporalmente del deber de presentar el concurso y va a diferir tal obligación a un momento posterior, cuando no haya podido alcanzar dicho acuerdo con sus acreedores hasta el mes hábil siguiente si se encontrara en un estado de insolvencia actual, en virtud del artículo 595 TRLC. Por lo tanto, se puede concluir que, con la presentación debida en forma y tiempo de la apertura de las negociaciones, va a quedar desactivado el presupuesto de culpabilidad del artículo 444.1º TRLC.

Como señala PULGAR (2021) podemos afirmar que es evidente el carácter protectorio de la comunicación objeto del citado precepto, habiéndose calificado la norma, con evidente acierto, como un escudo protector del deudor frente a sus acreedores. Por lo tanto, y según la referida autora, la comunicación del 5 bis es *“una norma protectora del eventual incumplimiento por parte del deudor de su deber de instar su propio concurso”*.

También se va a impedir con tal solicitud que el concurso revista de la categoría de necesario tras la presentación de demanda de algún acreedor, causa nuevamente de culpabilidad, ya que con dicha comunicación, a pesar de que no se impida que los acreedores del deudor u otros que se consideren legitimados al efecto insten el concurso necesario, su solicitud quedará temporalmente paralizada. Según FERNANDEZ (2010), el concurso no se podía tramitar hasta que hubiera finalizado el plazo del mes que tenía el acreedor para, una vez concluido el periodo puramente de negociación de tres meses previsto en la norma, llevar a cabo la presentación de demanda de concurso.

En relación con lo comentado en puntos anteriores referente a los protocolos *prepack* de venta de unidades productivas que si bien no cuentan con un concreto cauce legal desarrollado que nos permita determinar el momento en que la comunicación del deudor va a permitir la exención en la pieza de calificación, por similitud al procedimiento del 583 TRLC, deberá darse el mismo tratamiento.

Así lo sostuvo la Magistrada POVEDA BERNAL en su exposición de dicho protocolo ante el Auditorio del Congreso Concursal del Mediterráneo que se celebró en Palma de Mallorca los días 17 y 18 de junio de 2021, y así fue recogido en el Protocolo Concursal de Baleares que fue aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 28 de abril de 2021 al señalar que dijo protocolo se halla enmarcado en la institución preconcursal de los artículos 583 y siguientes del TRLC.

Si bien es un mecanismo que está únicamente aplicándose en las Islas Baleares y en Barcelona, su implantación práctica puede cobrar notable relevancia en los tiempos de pandemia que estamos viviendo y que, precisamente, nos están haciendo cuestionar el modelo de tejido empresarial y la exposición que éste tiene a determinados sectores económicos como son el turismo y la hostelería, que se han visto expuestos sin precedentes a cierres de negocios con carácter masivo. Dichos negocios eran solventes pero la causa de insolvencia vino irremediablemente para quedarse mediante una fuerza mayor en forma de pandemia mundial, abocando a los empresarios a la toma de decisiones, en ocasiones, drásticas. Este mecanismo permite la venta de dichas unidades productivas de manera anticipada y, por tanto, el mantenimiento de las empresas, plantillas de trabajadores, contratos y garantías a los acreedores. Por tanto, si bien es una medida novedosa, pionera y geográficamente delimitada, puede llegar a tener un gran calado en la sociedad especialmente en los meses venideros.

Relacionado con lo anterior, cabe recordar una importante normativa que, si bien con un carácter temporal muy marcado, tiene un grado de afectación muy importante con la causa prevista en el artículo 444.1º TRLC, en cuanto al deber de solicitar el concurso de acreedores: la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (en adelante, Ley 3/2020). Dicha normativa, nacida en tiempos de pandemia como una medida estrella a fin de paliar los perniciosos efectos económicos de la crisis, propuso congelar, mediante lo estipulado en su artículo 6, la obligación del deudor de declararse en concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2021, así como bloquear la admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores del deudor desde el 14 de marzo de 2020 (fecha en que se declaró el estado de alarma a través 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) hasta la referida fecha 31 de diciembre de 2021. A ella se la conoce coloquialmente como moratoria concursal.

A fin de lanzar un mensaje de tranquilidad al mercado, la norma manifiesta una cierta preferencia para aquellas empresas que hayan solicitado el concurso hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive. Es decir, premia a las empresas a que se declaren en concurso con una promesa de tramitación procesal preferente.

A modo de ver de esta autora, el legislador desacierta en su elección por varias razones. En primer lugar, porque el mensaje que se ha lanzado al deudor es el de la no necesidad de presentación de la solicitud de concurso, pero se ha omitido la información relevante de la posibilidad de hacerlo, que sería lo preferente, a efectos de evitar un colapso judicial posterior, a fin de evitar problemas a la hora de determinar el momento en que se detectó la insolvencia, y también remediar las posibles acciones de reintegración que se suscitaran en el procedimiento. Todo ello, directamente, afectará a la pieza de calificación del concurso.

En segundo lugar, porque podrá hacerse un abuso de la norma un tanto peligroso por parte de aquellos deudores más perspicaces. A modo de ejemplo, ¿qué sucederá con aquellas empresas que ya tenían problemas de insolvencia en el ejercicio anterior de 2019 y que con esta norma van a agravar notablemente la insolvencia? ¿Qué sucede con aquellas empresas que, a marzo de 2020, ya estaban en situación de insolvencia actual?

En tercer lugar, porque la medida que se está proponiendo realmente implica un diferimiento de la enfermedad empresarial, lo que, en términos económicos, no es óptimo. Ello provocará una irremediable destrucción del tejido empresarial al llegar suponer la liquidación directa de muchas compañías que pudieron llegar al concurso fuertes pero lo harán irremediablemente tarde. Eso supondrá un coste muy elevado para las propias arcas del Estado que se verán debilitadas en el momento en que dejen de percibir tributos y cotizaciones, además de las indemnizaciones que tendrán que abonar a través del Fondo de Garantía Salarial.

En este sentido, el legislador no se ha percatado de que 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,

por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, la Directiva de insolvencia) señala, en su Considerando 22, una preferencia hacia aquellos deudores que detecten tempranamente sus dificultades financieras y lleven a cabo la toma de medidas oportunas.

Con esta moratoria concursal, la Directiva Europea (pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico a la fecha del presente trabajo) queda muy cuestionada.

En cuarto lugar, porque esta moratoria concursal no ha venido acompañada con ninguna moratoria tributaria, cosa que provocará que las administraciones públicas cojan ventaja frente al resto de los acreedores de la empresa, cuestionándose, en consecuencia, *la par conditio creditorum*.

Finalmente, porque a pesar de la buena fe del legislador en pandemia de que los concursos que se presenten antes del 31 de diciembre se tramiten con preferencia, lo cierto es que, ello no será posible. No lo será porque los Juzgados en los dos últimos trimestres de 2020 y los dos primeros trimestres de 2021 han visto reducidos enormemente las solicitudes de concurso y la previsión es que haya un auténtico aluvión de procedimientos judiciales a principios de 2022. La preferencia quedará muy cuestionada, al no disponer el sistema judicial, por desgracia, de los medios y herramientas oportunos a fin de dar cuenta y trámite de todos esos procedimientos.

En relación al primer motivo planteado, esto es, la afectación que irremediablemente tendrá esa declaración tardía del concurso de acreedores afectará necesariamente a la pieza de calificación del concurso, pues hay nuevamente que recordar que la Ley 3/2020 bloquea la posibilidad de declarar los concursos necesarios, pero no los voluntarios, pese a la información distorsionada que mediáticamente ha trascendido al respecto y que han provocado una cierta confusión social. Las empresas pueden declararse en concurso y sería, en base a todo lo expuesto, lo saludable para el tejido económico.

En palabras de los Magistrados NIÑO ESTÉBANEZ, Magistrado Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona, BERMUDEZ AVILA, Magistrado Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao y BLANCO GARCIA-LOMAS, Magistrado Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante, en el Congreso Concursal del Mediterráneo que se celebró en Palma de Mallorca los días 17 y 18 de junio de 2021, a las que se adhiere esta autora, el desatino del legislador ha sido mayúsculo y ello se

traducirá en infinidad de concursos culpables por retraso en la solicitud del concurso y agravamiento de la insolvencia.

Nos esperan nuevos tiempos de convulsión concursal.

4.4. Ámbito subjetivo

4.4.1 Alcance de las personas afectadas

El TRLC ha aportado algunas novedades al respecto de las personas afectadas en la pieza de calificación con respecto a la ley anterior. Por su parte, el artículo 455 TRLC regula la imputabilidad del director general en contraste con el anterior artículo 172.2.1º del apoderado general, acercando la norma a la realidad de muchas empresas donde el apoderado general está al margen de la gestión social, siendo un mero mandatario. Por otro lado, el director general no encuentra una regulación específica en la legislación societaria por lo que su figura se va a reconducir, si se dan los supuestos de hecho de la calificación, a la del administrador de hecho.

El administrador de hecho, para verse afectado por la calificación, va a tener que cumplir una serie de notas que la jurisprudencia y especialmente, la jurisprudencia menor de las audiencias, entiende como necesarias a fin de verse compelidos a pechar con las consecuencias del concurso culpable. Dichas notas características son, según BERMUDEZ (2014), *“la habitualidad, la permanencia y la continuidad en el ejercicio de las funciones propias del administrador de la sociedad, la autonomía y la falta de subordinación a un órgano de administración”*. Entiende la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de la Sección 15ª de 9 de julio de 2018, que el administrador de hecho se podría definir como un administrador que se halla oculto y que, tras la pantalla del administrador de derecho, es quien realmente está ejerciendo el cargo social. El administrador de derecho, en estos casos, no lleva a cabo actuación alguna, toda gestión le es ajena, es una figura meramente ficticia.

En la referida Sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que las características definitorias de ese administrador oculto son las de la independencia e insubordinación respecto un órgano de administración social, pudiendo desarrollar sus funciones de manera habitual en el tráfico jurídico y con cierta calidad.

Dicha figura del administrador *de facto* encuentra su amparo legal en el artículo 236.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), cuando ya se prevé normativamente una extensión de la responsabilidad también a tales administradores de hecho.

La norma societaria entiende al administrador de hecho como aquella persona que realmente actúa en el tráfico jurídico en nombre y representación de la compañía, ya sea con un título que no existe, que es nulo o, directamente, que se halla extinguido.

A pesar de las concreciones anteriormente expuestas, el círculo de afectados por la calificación del concurso sigue excesivamente circunscrito al órgano de administración, dejando de lado, de manera algo simplista, otros posibles afectados, como podrían ser la responsabilidad del grupo de sociedades, los contratos de alta dirección o, incluso, los socios o accionistas mayoritarios, que no se recogen en la norma.

En numerosas ocasiones dichos altos directivos son los verdaderos gestores del día y a día de la mercantil y quienes mejor conocen su funcionamiento e idiosincrasia. No regularlos, nuevamente, nos va a reconducir a aplicar, por analogía, la figura del administrador de hecho.

En cuanto al socio o accionista mayoritario, dicha figura ha generado una cierta e interesante controversia jurisprudencial al asimilar dicha figura, nuevamente, a la del administrador de hecho. Si bien existen numerosas sentencias en las que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, se entendió que el accionista mayoritario era, en realidad, un administrador de hecho, el criterio jurisprudencial más consolidado sostiene lo contrario. No cabe confundir el control que ejerce el socio mayoritario sobre la empresa con el fin de proteger su posición e inversión en el quórum societario con la figura de la gestión social. Ilustrativa es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 5 de diciembre de 2007 que abordó esta cuestión, muy acertadamente a modo de ver de esta autora, cuando concluyó que a fin de no caer en el error de hacer pechar al socio con consecuencias gravosas debe llevarse a cabo un análisis pormenorizado entre lo que es el derecho propiamente corporativo del socio que defiende sus intereses frente a un auténtico dominio o presión que pudiera ejercer sobre los administradores formales de la compañía.

A mayor abundamiento, la regla de complicidad sigue contando con una escasez legislativa, habiendo perdido el legislador, en este caso, el ejecutivo, a través de la matización que hubiera podido introducirse a través del texto refundido. Este se limita, en su artículo 445 TRLC, a definir la complicidad como aquella situación de cooperación por parte de ese tercero con el órgano social o con los directores generales a fin de llevar acabo cualquiera de los supuestos que podrían abocar a calificar el concurso como culpable.

El cómplice ha tenido que contribuir en la generación o agravación de la insolvencia mediante dolo o culpa grave, es decir, debe haber un ánimo defraudatorio en connivencia directa con el deudor en perjuicio de los acreedores (*ciencia fraudis*) como sostuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala 1^a 174/2014, de 27 de marzo.

Dicha figura ha ido siendo perfilada y matizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia 5/2016, de 27 de enero de 2016, en un supuesto de alzamiento de bienes en perjuicio de la masa a través de un tercer colaborador, que ha concretado la figura del cómplice en la pieza de calificación del concurso como aquella persona que realiza conductas que inciden en la agravación de la insolvencia y dan motivo de calificación como culpable. Dichos actos de cooperación no tienen un límite temporal fijo, no teniendo porqué encontrar encaje únicamente en un momento anterior a la declaración de concurso sino siendo lo frecuente encontrar el amparo en un momento posterior. En los casos en que quede fijada cronológicamente la actuación del cómplice en ese momento posterior estaríamos frente a un estadio de agravación de la insolvencia y, en consecuencia, de complicidad. En el caso analizado por el Alto Tribunal, ese cómplice fue quien, precisamente, recibió los bienes alzados, usándolos en beneficio propio.

Este déficit normativo general en cuanto a las personas afectadas por la calificación del concurso choca frontalmente con otras instituciones con un alto grado de especificación y que han tenido un avance legislativo muy notable, como lo es, por ejemplo, el *compliance*, que cuenta con un importante desarrollo legal tras la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Código Penal) llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que desarticuló el principio de *societas non delinquere potest* mediante la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica.

4.4.2 Alcance temporal

El alcance temporal introduce un elemento de seguridad jurídica a fin de determinar el que va a ser el período temporal en que las personas afectadas van a ver vistas enjuiciadas sus actuaciones. El artículo 442 del TRLC declara como marco temporal de referencia los dos años anteriores a la declaración del concurso de las personas afectadas. De esta manera, el foco de atención del juez que conozca de la pieza de calificación, se pondrá en las actuaciones llevadas a cabo en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Esta cuestión ha suscitado un interesante debate doctrinal en relación al choque que pudiera suponer este artículo con el plazo de prescripción que Código de Comercio de cuatro años respecto a la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías. En palabras de GARCIA-CRUCES (2016) esta delimitación temporal llevada a cabo por parte del legislador concursal únicamente tiene como fundamento un intento de enmarcar de seguridad jurídica un concreto plazo temporal, si bien es opinión del autor que hubiera sido más acertado usar el propio juego de prescripción que propone el artículo 949 del Código de Comercio (en adelante, CCom) que, a fin de cuentas, ya regula el alcance temporal de este tipo de responsabilidad.

No obstante, a modo de ver de esta autora, abarcar un plazo temporal tan amplio, como el que propone el Código de Comercio de cuatro años, provocaría que la práctica concursal tuviera una excesiva litigiosidad práctica.

5. Responsabilidad concursal

5.1. Concepto de responsabilidad concursal

La responsabilidad concursal o responsabilidad por el fallido concursal, como se ha ido desarrollando a lo largo de la investigación, analiza las causas de la insolvencia y sobre qué personas deben pechar las responsabilidades en un juicio de valor sobre la conducta llevada a cabo en la agravación y causación de la insolvencia.

La naturaleza de dicha responsabilidad ha sido ampliamente abordada por la doctrina. Mientras para unos como GARCIA- CRUCES (2016) dicha responsabilidad se analiza desde el esquema de la sanción civil, para otros, como LLEBOT (2011) la misma tiene un carácter indemnizatorio. Para otros, como UREBA (2021), el régimen en materia de responsabilidad concursal se imbrica en el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva o por daños del órgano social, si bien con particularidades que lo hacen propio y lo distinguen de la anterior, dentro del juego del concurso de acreedores.

A modo de ver de esta autora, lo que se está cuestionando es la medida de imputabilidad de cada una de las personas afectadas que han generado o agravado la insolvencia mediante dolo o culpa grave. Y dicha generación o agravación de la insolvencia se traduce, necesariamente, en un daño que se ha ocasionado a la sociedad y al conjunto de los acreedores. Por ello, se considera que, más que una responsabilidad sancionatoria o punitiva, estamos frente a una responsabilidad por daños si bien relacionada con la conducta del agente productor en la causación o agravación de la insolvencia.

Y lo que se está debatiendo, además, obedece a un deseo de moralización de las conductas llevadas a cabo por las personas afectadas. Según GARCIA- CRUCES (2016), opinión a la se formula adhesión, estaríamos frente a una responsabilidad sanción a través de la cual se pretende llevar a cabo un análisis de si se han cumplimentado unas exigencias mínimas de carácter ético.

La responsabilidad de las personas afectadas por la calificación respecto a la cobertura del déficit deberá estar en función o relacionada con su grado de participación en la conducta que ha provocado, precisamente, la insatisfacción total o parcial de los créditos.

El debate en relación a la naturaleza indemnizatoria o sancionadora de la responsabilidad concursal también ha calado fuertemente en la jurisprudencia.

Son numerosas las sentencias que se han dictado en análisis de dicha cuestión, si bien se centrará la exposición en las del Tribunal Supremo.

Además, cabe distinguir en esta materia un claro cambio de tendencia jurisprudencial en la calificación de la responsabilidad concursal en el año 2014 y, en concreto, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Dicha norma incorporó al artículo 172 bis de la Ley Concursal la necesidad de cubrir el déficit concursal por parte de las personas afectadas siempre y cuando existiera la oportuna relación entre la conducta llevada a cabo y la generación y agravación de la insolvencia.

Por su importancia, cabe citar las Sentencias 6838/2011, de 6 de octubre de 2011, cuyas afirmaciones se han ido reiterando en ulteriores resoluciones y la Sentencia 3442/2015, de 22 de julio de 2015. Mientras que en la Sentencia de 2011 y sus consecutivas en base a la misma, el Alto Tribunal declaró que no era necesaria la condena por responsabilidad por el fallido en aquellos supuestos de calificación culpable, en el año 2015 el Supremo destaca que es necesaria la exigencia de una justificación añadida. Con tal pretensión el Alto Tribunal destaca la importancia de determinar la concurrencia de una razón adicional que justifique la imputación a la cobertura del déficit concursal.

Es decir, el Alto Tribunal en el año 2015 se matiza que lo importante ya no es que el daño causado por el agente descansa en el dolo o *culpa lata* a reparar sino que se va más allá, y se castiga la propia conducta que ha seguido el infractor y su desvalor ante el rechazo social en el mercado que ello ocasiona: hay que buscar una justificación añadida.

En palabras de GARCIA-CRUCES (2016) no es cuestión de llevar a cabo una reparación del daño sino que lo que realmente es importante es que se criminalicen, con el objetivo de reprimir las, aquellas conductas que puedan causar rechazo social. Se tiene que aprehender un camino en el que se rechacen tales actuaciones con el objetivo de encontrar el equilibrio entre la garantía del interés público y del correcto mercado con la persecución de las conductas ilícitas llevadas a cabo por el órgano social al afectar a los acreedores y sus créditos.

En definitiva, el Tribunal Supremo con tal evolución en sus Sentencias, ha venido a excluir la necesidad de la prueba del daño causado y la necesaria relación de causalidad a fin de poder acreditar y justificar la procedencia de la condena dineraria. El foco deberá ponerse, según el Alto Tribunal, en la conducta que ha seguido el agente causador del daño, teniendo que cubrir el déficit concursal en la medida proporcional a la generación o agravación del daño.

No obstante, en la práctica no es una cuestión fácil de encajar en los casos que llegan a los Juzgados, por cuanto el administrador concursal se afronta con la difícil tarea de medir cuándo y cuánto agravaron o causaron los administradores sociales u otras personas afectadas la insolvencia a concretar las consecuencias (especialmente, respecto al déficit patrimonial) que deben asumir. Para el juez del concurso tampoco será fácil en base a esa información fijar unos concretos criterios en base a los cuales condenar a la satisfacción del déficit concursal, en qué medida y con qué alcance.

Para algunos autores, como PASTOR (2020), todas las dificultades que presenta la pieza sexta de calificación pueden llevar a generar dudas en cuanto a su utilidad y pertenencia. De hecho, el autor propone su supresión en el sistema concursal al entender que existen factores negativos que la desnaturalizan al no contar con datos objetivos u objetivables y un sistema poco garante del derecho de los acreedores.

5.2. Diferencias con otras acciones de responsabilidad: acción social y acción penal

No cabe confundir la responsabilidad concursal con otro tipo de responsabilidades civiles como son las exigibles en la LSC y la responsabilidad penal.

Cabe recordar que, a nivel civil, contamos con la responsabilidad por daños a la sociedad, a los socios y a los acreedores, así como la responsabilidad por deudas.

No fue hasta la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley 38/2011), que se estableció la incompatibilidad entre cualquier tipo de acción civil y societaria con la acción concursal, excepto para la acción social. Tardíamente se reguló esta institución de incompatibilidad. Hasta esa fecha, en consecuencia, un administrador societario, podría verse afectado por la condena dineraria

en sede civil frente a tener que pechar con la culpabilidad del concurso y, por ejemplo, tener que cubrir el déficit social. Era un sinsentido, por cuanto, además de imponer una clara doble sanción al administrador, en vía civil un acreedor concreto iba a ver resarcido su concreto derecho en perjuicio de la masa pasiva y, en consecuencia, en clara vulneración de la *par conditio creditorum*.

Como ha declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala 1^a 349/2014, de 3 de julio *“Si bien debe distinguirse entre responsabilidad societaria y concursal, porque ni la materia tratada es la misma, ni los bienes jurídicos protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. En un concurso de acreedores, el bien jurídico protegido es la masa activa y pasiva del concurso, y mientras que en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC”*.

Y no solo se encontraban choques frontales en cuanto a lo anteriormente expuesto, sino que era contradictorio que, salvaguardada la obligación de declararse en concurso al detectar la insolvencia del artículo 2.2 de la LC, no se dejara sin efecto, por ejemplo, el deber de instar la declaración de disolución del actual artículo 363 de la LSC.

Además, la naturaleza de la acción de responsabilidad civil y la concursal es distinta. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias. A modo de ejemplo, en Sentencia de 15 de octubre de 2013, Sentencia de 1 de abril de 2014 o en Sentencia de 3 de julio de 2014.

En cuanto a la responsabilidad por daños, la misma se encuentra prevista en los artículos 236 a 241 de la LSC y en ella se distingue si el daño ha sido causado a la sociedad o alguno de sus socios o a los acreedores sociales.

Como sostuvo ALFARO (2018), mientras en el primer caso, cuando el daño ha sido ocasionado a la sociedad, ésta tendrá el derecho al ejercicio de la acción social frente al administrador, mientras que si el daño ha sido ocasionado al socio o al acreedor entrará en juego la acción individual, teniendo éstos últimos la legitimación activa.

En cualquier caso, obviamente, en este tipo de responsabilidad se exigen los requisitos con carácter general que se requieren para la exigencia de responsabilidad por culpa del Código

Civil (en adelante, CC): una actuación por la que medió dolo o culpa, un daño patrimonial o moral, y un nexo causal entre ambas.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo deben darse todos estos requisitos de forma simultánea para que surja la responsabilidad de los administradores ya sean de derecho o, de hecho.

Respecto a este tipo de acción social, cabe apreciar que la misma tiene una naturaleza propiamente indemnizatoria cuya finalidad es la de reparar el daño ocasionado por los administradores a la sociedad (acción social) o a los socios o terceros (acción individual). Mediante dicha indemnización el administrador tendrá que recomponer o reconstruir el patrimonio social o individual que haya sido dañado. En palabras de SANCHEZ-CALERO (2007), la condena que pese sobre el órgano social será la de entregar al patrimonio de la sociedad concursada la indemnización que por sentencia firme quede fijada. Esto es, en palabras del autor a las que se formula adhesión, dicha indemnización tendrá por objeto nutrir el patrimonio social de la concursada, con un claro beneficio a la masa de acreedores.

En relación a cómo afecta dicha acción social al procedimiento concursal, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que, ninguna relevancia tiene dicha acción con el procedimiento concursal, ya que la incidencia sobre los administradores no afecta a la masa activa del concurso, teniendo aquellos que pechar con el gravamen que se les imponga y por el que se les condene a indemnizar. Al contrario, si tuvieran que indemnizar a la sociedad, la masa activa de ésta se vería reforzada.

En ese sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia 5721/2014, de 22 de diciembre de 2014, señaló que *“sin embargo, la norma procesal no prevé ningún efecto de la declaración de concurso respecto de la acción individual (antes regulada en el artículo 135 TRLSA y actualmente en el artículo 241 LSC), de tal forma que puede ser ejercitada por los terceros perjudicados, ante el juez mercantil que corresponda, al margen del concurso de acreedores”*.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad por deudas prevista en el artículo 367 de la LSC ésta viene a fijar la responsabilidad por deudas de los administradores. Como sostiene ALFARO (2021) la norma prevé que el órgano de la sociedad tenga que responder de aquellas deudas sociales que nazcan posteriormente al acaecimiento de la causa de

disolución si no se ha convocado la junta, estando en causa legal para ello, en el plazo de dos meses o si, habiéndose esta reunido no hubiera acordado su disolución ni se solicitara judicialmente.

Respecto a la prosperabilidad de esta acción una vez declarado el concurso, señala el legislador en el actual artículo 136.2º TRLC (ya lo hacía la ley concursal anteriormente en su artículo 50.2) que *“los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución”*. Es decir, no se admitirán a trámite dichas demandas. Por otro lado, respecto a los procedimientos ya en curso en acción del artículo 367 LSC frente a los administradores, en virtud de lo previsto en el artículo 139.1 del TRLC, dichos procedimientos quedarán en suspenso.

Por todo ello, podemos concluir que existe una *vis atractiva* del proceso concursal y que la responsabilidad concursal cuenta con una prevalencia sobre cualquier otro tipo de responsabilidad, excepto la penal.

En relación a ese extremo, tal excepción respecto al procedimiento penal lo encontramos recogido en el artículo 462 del TRLC, en cuanto a la regla de la no vinculación de los jueces de lo penal cuando las actuaciones llevadas a cabo por parte del deudor pudieran constituir delito.

No obstante, ambas responsabilidades, la concursal y la penal, pueden ir por caminos distintos. El hecho, por ejemplo, de estar llevándose a cabo un procedimiento penal no va a implicar que no pueda dilucidarse en sede de concurso por su homólogo en la norma concursal. El juego de las prejudicialidades civiles y penales no tendrá lugar, en consecuencia. Ni un tipo de acción es requisito de procedimiento para la otra. No obstante, ello no implica que, por ejemplo, en sede de hechos probados por sentencia penal firme, no vaya a ser tenida en cuenta dentro del concurso de acreedores.

El actual artículo 519 del TRLC proclama el principio de prejudicialidad penal cuando señala que no se suspenderá, en ningún caso, el procedimiento concursal si se incoaran procedimientos criminales frente al deudor, aunque éstos tuvieran una relación con el concurso.

Posteriormente, el artículo 520 TRLC propone una reordenación de los supuestos de medidas cautelares que puedan adoptar los jueces de lo penal.

Viendo tal compatibilidad, se plantea un interesante debate jurídico sobre qué orden jurisdiccional tendría preferencia en relación con la adopción de medidas cautelares patrimoniales del concurso. No obstante, dicha discusión quedó ya zanjada por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de fecha 11 octubre 2019 cuando señala que *"procede reconocer competencia al juez del concurso para decidir sobre la vigencia de las medidas cautelares que afectan al patrimonio del deudor concursado"* y ello por cuanto la medida cautelar *"afecta a la responsabilidad civil, pero no a la penal, y es por ello, por lo que la comparación de posiciones atrae la competencia al juez mercantil al tratarse de medida de contenido civil sobre bienes del concursado y en aras al buen fin del concurso, por lo que debe resolverse el conflicto declarando la competencia del juzgado de lo mercantil"*

Cuestiones procesales aparte, tenemos necesariamente que fijarnos en los supuestos de culpabilidad especiales recogidos en el artículo 443 del TRLC que se califican como culpables y cómo éstos coinciden con tipos delictivos previstos en el Código Penal. Por ejemplo, los siguientes: la falsedad de documento mercantil (artículos 390, 392 y 393 del CP), la falsedad en la información o documentación presentada en el concurso (261 CP), el alzamiento de bienes (257 CP), el delito de estafa (248 y siguientes CP), la apropiación indebida (253 CP), el falseamiento de cuentas anuales (290 CP) o, con carácter principal, el delito de insolvencia punible (260.1 CP).

Cabe apreciar que ambas jurisdicciones protegen situaciones y bienes jurídicos distintos, si bien tendremos que partir del principio de intervención mínima o última *ratio* del derecho penal a efectos de dilucidar aquellos casos en que la línea entre ambas jurisdicciones pudiera no ser nítida. Como señala GARCIA-CRUCES (2016), dicha línea distintiva pudiera no ser clara, en ocasiones.

5.3. Responsabilidad de los administradores y otras personas afectadas por la calificación: De la Sentencia de calificación

La gran preocupación de los administradores sociales ante una inminente necesidad de declararse en concurso siempre gira en torno a su responsabilidad en sede del procedimiento y si su actuación va a verse cuestionada ante el fracaso empresarial. Dicha incertidumbre, en ocasiones, se traduce en un desincentivo para solicitar la declaración voluntaria de concurso, lo que aboca, en algunos casos, a los concursos necesarios y la consecuente calificación de culpable.

Como propuesta de *lege ferenda*, cabe señalar que, ni a nivel societario ni a nivel concursal, contamos con un estatuto normativo sobre los deberes del empresario que nos pueda ser una guía en sede de calificación del concurso. No contamos con un desarrollo legal suficiente que nos aborde el estándar ético del administrador, más allá de las obligaciones genéricas del deber de diligencia como ordenado empresario y representante, los deberes de lealtad, secreto o conflicto de interés previstos en los artículos 225 a 232 de la LSC, ambos inclusive, y la jurisprudencia que han podido desarrollarlos, con lo cual, las dudas que se generan en cuanto a la correcta actuación del órgano social no son pocas a la hora de enfrentarse a una situación de insolvencia y si con su contribución pudo generar o agravar la insolvencia de la compañía.

Si bien en algunos casos resulta sencillo determinar cuándo el administrador ha infringido la norma, por ejemplo, por la ausencia de presentación de la contabilidad de la compañía, hay otros casos en que la línea no es tan nítida. A modo de ver de esta autora, la presunción del artículo 444.1º TRLC relativa al deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses a la fecha que hubiera conocido o debido conocer la insolvencia actual, genera muchas dudas prácticas.

En base a todo lo que se ha expuesto a lo largo de este trabajo, lo que la norma trata de criminalizar es la conducta dolosa o dañina de quien, debiendo ver la insolvencia no la vio y, en consecuencia, ha afectado a sus acreedores, pero ¿cuántas veces los gestores de las empresas hacen todo lo posible por intentar remediar esa situación sin ver realmente el problema que tiene la mercantil?, ¿cuántas veces los empresarios comprometen su patrimonio personal, su vivienda habitual avalando el negocio, a fin de reflotarlo y salvar

decenas de puestos de trabajo? Puede sonar ciertamente bucólico pero la realidad empresarial está lejos, lamentablemente, de la norma. Y que, precisamente, ésta criminalice al empresario que no recaba asesoramiento letrado, abona los gastos de la postulación procesal y prepara y formula un concurso de acreedores en el término del ínfimo plazo del artículo 5 TRLC, creo que no es una medida óptima.

Y es cierto que lo importante es el dolo en la agravación o causación de la insolvencia y que el afectado por la calificación va a poder probar en contra que actuó correctamente o, como mínimo lo mejor que pudo, pero no son pocas las resoluciones judiciales que han condenado a los administradores bajo la cortapisa del plazo legal de dos meses anteriormente referido.

En el texto refundido no se ha llegado a ahondar en esta materia a pesar de la litigiosidad que ha supuesto el listado de presunciones de culpabilidad de la norma que, como fue abordado anteriormente, ha sido tímidamente modificado. No obstante, es cierto que alcanzar una mejora sustancial y de calado en línea de lo anterior no puede llevarse a cabo a través de la refundición de una norma, pudiendo incurrir en *ultra vires*, por lo que las mismas tendrían que tener una modificación, si fuera el caso, a través del legislador.

La responsabilidad de los administradores en sede de concurso o responsabilidad concursal debe cumplir una serie de requisitos. La ley Concursal limita la procedencia de la eventual condena al cumplimiento de una serie de requisitos: materiales, cuantitativos y subjetivos.

La sentencia que califique el concurso como culpable, además, deberá contener un necesario pronunciamiento sobre la determinación de las personas a las que va a alcanzar la pieza de calificación, la inhabilitación, si procede, de aquellas personas afectadas para enajenar bienes ajenos y para representar cualquier otra persona jurídica, la pérdida de derechos que tuvieran reconocidas dentro del concurso así como la condena determinada a reponer determinados bienes o derechos indebidamente sustraídos de la masa del concurso en detrimento de la compañía concursada así como una eventual indemnización por daños y perjuicios.

5.4. Alcance de la responsabilidad

El alcance de la responsabilidad no será único ni englobará solidariamente a todas las personas involucradas sino que, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el juez de lo

mercantil que conozca del procedimiento tendrá que identificar a los concretos responsables y, además, individualizar la cantidad resultante a satisfacer por cada uno de ellos en atención, precisamente, al grado de vinculación que han tenido con la causa que se le imputa.

Como ha sostenido el Tribunal Supremo, en Sentencia 421/2015, de 22 de julio, Sección Primera, la Sentencia de calificación debe justificar la calificación culpable “*con arreglo a los criterios normativos propios de cada una de las conductas imputadas, bien sea conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC, que se complementa con las presunciones iuris tantum del art. 165, bien a tenor de la conductas tipificadas en el art. 164.2 LC. Y también sería preciso justificar a qué persona/s afectada/s por la calificación son imputables tales conductas.*”

Las personas que van a poder verse afectadas por la calificación, como se ha comentado, serán las del artículo 455 del TRLC. La sentencia de calificación se pronunciará sobre las personas afectadas por la calificación así como, si los hay, por los declarados cómplices. Podrán ser personas afectadas los administradores de derecho (debidamente nombrados e inscrito su cargo ante el Registro Mercantil) o los de hecho, así como los liquidadores, los directores generales y quienes, dentro de los dos años anteriores, hubieran tenido cualquiera de estas condiciones.

Las consecuencias de la calificación para tales personas irán desde la inhabilitación de las personas naturales afectadas para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como representar a cualquier persona durante el mismo período, la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o contra la masa, la devolución de los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa o la condena a indemnizar los daños y perjuicios.

Por otro lado, el artículo 456 del TRLC separa la causa de calificación la consecuencia relativa a la cobertura del déficit de la masa pasiva al ser una consecuencia especialmente gravosa. Señala la norma que, tendrá lugar tal consecuencia para las personas afectadas en la calificación si la pieza de calificación hubiera sido formada o reabierta “*como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación*”. Solo en esos casos el juzgador podrá condenar solidariamente o no, según criterio judicial a la cobertura, de manera parcial o a cubrir la totalidad del déficit a las personas afectadas. Dicha cobertura será modulada, según el

criterio de la sana crítica judicial, esto es, en función de la relación entre la conducta llevada a cabo y el efecto que ésta tuvo en la causación o agravación de la insolvencia de la deudora que el juez detecte. En caso de que haya pluralidad de personas condenadas a la cobertura de tal déficit deberá individualizarse la cantidad de cada uno de ellos de manera proporcional a la participación de éstos en los hechos.

Está claro que, con dicha distinción en la propia norma, el legislador ha pretendido dar un tratamiento separado e individualizado a esta consecuencia, por ser especialmente gravosa para las personas afectadas. Y es especialmente onerosa por cuanto la realidad de muchas empresas es que el pasivo insatisfecho al que llega la concursada es muy notable, por lo que condenar al gestor social o persona afectada a la asunción del mismo puede suponer su dilapidación empresarial futura.

Esta cobertura del déficit concursal ha sido ampliamente abordada por la jurisprudencia, la cual ya dejado manifiestamente claro que para cubrir el déficit concursal a pagar todos o parte de los créditos no solo se exige la declaración de culpabilidad sino también la “justificación añadida”. Dicha justificación adicional genera una enorme litigiosidad. En palabras de DEL OLMO (2019), a las que se formula adhesión en base a datos empíricos, no sería de recibo hacer pesar sobre las personas alcanzadas por la calificación la cobertura del déficit concursal si en el oportuno procedimiento concursal no quedaron suficientemente probadas razones adicionales que las justifiquen.

Esta necesaria justificación añadida cuenta con problemas probatorios prácticos frecuentemente por cuanto en numerosas ocasiones dicho déficit concursal no quedará cubierto a pesar de las conductas más que reprobables de las personas afectadas por la calificación si el juez considera que no hay una causa adicional que las justifique.

Así las cosas, sobre la cobertura al déficit concursal podrá la persona afectada probar lo contrario, si bien tampoco es fácil en la práctica probar determinados hechos que, en ocasiones, se producen a lo largo de los años y existe una ausencia probatoria palmaria. Más claros son los supuestos de ausencia de contabilidad pero más distorsionados aquellos casos en que la conducta se circumscribe, nuevamente, a un retraso en la solicitud del concurso.

Conceptualiza el Tribunal Supremo el déficit concursal en su Sentencia 214/2020, de 29 de mayo, de la Sala Primera, como el pasivo que se genera contra la masa que no puede satisfacerse con el activo del propio concurso.

Es lógico que los administradores tengan que ser responsables del déficit del pasivo cuando con su actitud, de manera irreversible e indubitada, habiéndose probado en el oportuno procedimiento judicial, hayan contribuido con su actitud en la causación o en la agravación de la insolvencia pero insisto en que, en otras y numerables ocasiones, la línea está distorsionada.

6. Conclusiones

En base a todo lo que se ha abordado y expuesto a lo largo del presente trabajo así como el estudio pormenorizado de la doctrina y jurisprudencia citadas, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera.- Queda meridianamente claro que el mecanismo del concurso de acreedores es el único sistema que prevé un cauce adecuado y óptimo para dar una solución a la insolvencia actual de muchas empresas, esto es, a la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente con las obligaciones exigibles, a fin de tutelar el derecho de crédito.

Segunda.- Dicho cauce puede instrumentarse a través de un convenio concursal nacido de la voluntad de las partes (deudor y sus acreedores) o mediante una liquidación ordenada en beneficio de la masa pasiva concursal y el principio de igualdad de los acreedores.

Esto es, el sistema puede nacer a voluntad del deudor una vez detectada la imposibilidad de cumplir con las obligaciones en el plazo de dos meses o puede ser instada por los acreedores mediante una solicitud de concurso necesario a fin de ver reparado su crédito. Una u otra vía de acceso al concurso influirá necesariamente en la calificación del concurso.

Tercera.- No hay que olvidar que la normativa concursal, actualmente refundida en el Texto Refundido de la Ley Concursal, impone una serie de obligaciones y deberes a los gestores de las empresas de suma importancia, que cuenta con un importante grado de autonomía.

El incumplimiento de tales presupuestos regulados normativamente a través de un rígido sistema de presunciones podría abocar a la calificación del concurso como culpable, con las consecuencias económicas, patrimoniales y jurídicas que ello podría acarrear, tanto para el propio deudor como para, especialmente, sus administradores, ya sean de derecho o de hecho así como para sus liquidadores o directores generales.

Cuarta.- La Ley concursal tiene habilitada una sección autónoma dentro del procedimiento concursal que permitirá llevar a cabo una depuración de las responsabilidades de tales

personas afectadas por la calificación a fin de determinar la responsabilidad civil del deudor en el agravamiento o la causación de la insolvencia.

Quinta.- Dicha responsabilidad, distinta de las otras responsabilidades que pudieran ocasionarse como serían las responsabilidades sociales por deudas o por daños o la responsabilidad penal, impondrá un castigo a dichas personas afectadas en función de su participación en los hechos. Por un lado, dicha responsabilidad tendrá una función reparadora del daño causado a la masa pasiva pero, por otro lado, una función social en la que se filtrará la moralidad en el ejercicio del cargo del gestor social a fin de evitar futuras actuaciones similares, generando un efecto disuasorio.

Sexta.- Así mismo podemos concluir que existe una *vis atractiva* del proceso concursal y que la responsabilidad concursal cuenta con una prevalencia sobre cualquier otro tipo de responsabilidad, excepto la penal.

Séptima.- Las consecuencias que se impongan en sede de calificación del concurso cuentan un abordaje jurisprudencial muy amplio, que ha ido variando en función de las modificaciones que la Ley concursal ha tenido a lo largo de los años, especialmente, la más gravosa de ellas: la asunción del déficit concursal.

Octava.- Si bien el concurso de acreedores es una institución ya consolidada en nuestra legislación y ha sido ampliamente aplicada en nuestro país en las diferentes crisis económicas padecidas, la crisis provocada por la pandemia derivada del Covid 19 va a cobrar especialmente fuerza en los meses venideros.

Especialmente, la moratoria legal que se ha implantado en el deber de presentar la solicitud voluntaria de concurso, que, si bien nació de la buena fe del legislador a fin de paliar los efectos adversos de la crisis, tendrá una clara afectación en la pieza de calificación de los concursos, especialmente por la causa de incumplimiento en el deber de solicitar el concurso una vez detectada la insolvencia.

7. Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- AZNAR GINER, E. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. 2^a ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2016.
- CANDELARIO MACÍAS, M. *La Directiva de la (UE) 2019/1023 sobre Insolvencia (estudios desde diferentes ordenamientos)*. 1^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. *La calificación del concurso de acreedores*. 1^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- FRAU, S. *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*. 1^a ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCIA CRUCES, J. *La calificación del concurso*. 1^a ed. Madrid: Aranzadi, 2004.
- GARCIA CRUCES, J. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 6^a ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2016.
- MONSERRAT VALENTI, P. *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. 1^a ed. Madrid: Aranzadi, 2017.
- ORTIZ GONZALEZ, A. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. 2^a ed. Madrid: Tirant Lo blanch, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J. *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*. 3^a ed, Madrid: Editorial La Ley, 2021.
- ROSENDE, C. *Comentarios a la ley concursal*. 2^a ed, Madrid: Editorial La Ley, 2020.
- SANCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. 1^a ed, Navarra: Aranzadi, 2013.
- VILATA, S. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. 2^a ed, Madrid: Tirant Lo Blanch, 2016.

Bibliografía complementaria

ALFARO, J. "La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. Prolegómenos". *Almacén de Derecho*, 21 de mayo de 2018. Disponible en:

<https://almacendedederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>

BERMUDEZ AVILA, M. "La responsabilidad Concursal. Personas afectadas por la calificación: administradores de hecho y de derecho. Los cómplices". *Vlex*, 2016. Disponible en:

<https://vlex.es/vid/concursal-afectadas-administradores-519433778>

DEL OLMO, A. "La imputación del déficit concursal y la dificultad probatoria". *Editorial Jurídica Sepín*, 4 de septiembre de 2019. Disponible en:

<https://blog.sepin.es/2019/09/imputacion-deficit-concursal-prueba/>

FERNANDEZ TORRES, I. "Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso". *Revista de derecho concursal y para concursal*, Enero de 2010. Disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/277235233_Algunas_consideraciones_en_torno_a_la_refinanciacion_de_deuda_y_la_posibilidad_de_no_presentar_declaracion_de_concurso_A_proposito_del_Auto_del_Juzgado_de_Primera_Instancia_num_9_y_Mercantil_de_Corдоб

PASTOR, E. ¿Para qué sirve la calificación en el concurso de acreedores? *Almacén de Derecho*, 29 de junio de 2020. Disponible en:

<https://almacendedederecho.org/para-que-sirve-la-calificacion-en-el-concurso-de-acreedores>

Legislación citada

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, núm. 7. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de septiembre de 2020, núm. 127. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de septiembre de 2004, núm. 164. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de agosto de 1889, núm. 204. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 26 de junio de 2019, núm. 172. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81090>
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. *Boletín Oficial del Estado*, de 3 de julio de 2010, núm. 161. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

- Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia del COVID-19. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de marzo de 2021, núm. 62. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-3946>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de enero de 1886, núm. 289. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de octubre de 2014, núm. 238. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-9896>

Jurisprudencia referenciada

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 590/2013, de 15 de octubre. (ES: TS: 2013: 5186).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril. (ES: TS: 2014:1368).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 874/2019, de 24 de junio. (ES: TS: 2019:2092).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril. (ES: TS: 2016:1781).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 203/2016, de 1 de abril. (ES: TS: 2016:1327).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 650/2016, de 3 de noviembre. (ES: TS: 2016:4727).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 227/2010, de 22 de abril. (ES: TS: 2010:2284).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 560/2015, de 3 de febrero. (ES: TS: 2015:560).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 644/2011, de 6 de octubre. (ES: TS: 2008:1013).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 298/2012, de 21 de mayo. (ES: TS: 2009:1157).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 492/2015, de 17 de septiembre. (ES: TS: 2015:3837).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 279/2019, de 22 de mayo. (ES: TS: 2019:1633).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 174/2014, de 27 de marzo. (ES: TS: 2014:1228).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 191/2009, de 25 de marzo. (ES: TS: 2005:624).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 406/2010, de 25 de junio. (ES: TS: 2005:2160).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 185/2015, de 10 de abril. (ES: TS: 2013: 952).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 669/2013, de 11 de noviembre. (ES: TS: 2011: 1825).
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 23 de abril de 2013. (ES: APB: 2012:59).
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 10 de abril de 2013. (ES: APB: 2012:707).
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 9 de abril de 2013 (ES: APB: 2012: 547).
- Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8^a. Sentencia de 14 de junio de 2013. (ES: APA: 2013:80).
- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1^a. Sentencia de 2 de mayo de 2013. (ES: APPO: 2013: 170).
- Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5^a. Sentencia de 26 de marzo de 2013. (ES: APIB: 756/2012).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 1647/2016, de 13 de abril. (ES: TS: 2016:1647).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 1368/2014, de 1 de abril. (ES: TS: 2014:1368).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 259/2012, de 20 de abril. (ES: TS: 2009:808).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 255/2012, de 26 de abril. (ES: TS: 2009: 961).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 298/2012, de 21 de mayo. (ES: TS: 2009: 1157).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 459/2012, de 19 de julio. (ES: TS: 2009: 1542).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 122/2014, de 1 de abril. (ES: TS: 2014: 1368).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 349/2014, de 3 de julio. (ES: TS: 2014:2837).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 275/2015, de 7 de mayo. (ES: TS: 2015: 2211).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015. (ES: TS: 2015: 256).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 614/2011, de 17 de noviembre. (ES: TS: 2011: 8004).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Auto de 20 de enero de 2021 (ES: TS: 2021:181).
- Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15^a). Sentencia de 9 de julio de 2018. (ES: APB: 20418: 475).
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca. Sentencia de 5 de diciembre de 2017. (ES: JMIB: 2017: 1765).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 174/2014, de 27 de marzo. (ES: TS: 2014: 1228).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 5/2016, de 27 de enero. (ES: TS: 2016: 89).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 644/2011, de 6 de octubre. (ES: TS: 2008: 1013).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 3442/2015, de 22 de julio. (ES: TS: 2015: 3442).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 349/2014, de 3 de julio. (ES: TS: 2013: 550).
- Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 5271/2014, de 22 de diciembre. (ES: TS: 2014: 5271).
- Tribunal Supremo. (Sala Especial). Auto de Conflictos de competencia entre juzgados o tribunales de distinto orden jurisdiccional de 11 de octubre de 2019. (ES: TS: 2019:10565A).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). Sentencia 421/2015, de 22 de julio. (ES: TS: 2015: 3442).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). Sentencia 214/2020, de 29 de mayo. (ES: TS: 2017: 1517).

8. Listado de abreviaturas

CC
CCOM
TRLC
LC
LEC
LSC
OMS
RAJ
TGSS

Anexo: Vídeos de elaboración propia

1. Presentación de un concurso de acreedores a tiempo (16 de abril de 2021):



<https://www.youtube.com/watch?v=GLU9S1TRAUw>

2. Responsabilidad de administradores y socios ante las deudas sociales (29 de abril de 2021):



<https://www.youtube.com/watch?v=EU-r1Bufj8s>

3. Concurso de acreedores y supervivencia empresarial (17 de marzo de 2015):



<https://www.youtube.com/watch?v=aIYp-kFFBs4>