

**ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA
DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD
CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES
EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY CONCURSAL**

MARITEL M. BRANDI TAIANA
ARTURO MUÑOZ ARANGUREN
Despacho Ramón C. Pelayo Abogados

SUMARIO: I.—ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y EN LA LEY CONCURSAL. 1. Acción social de responsabilidad. *A) Previsión legal. B) Bien jurídico protegido. C) Su tratamiento en la Ley Concursal. D) Ejercicio de la acción social de responsabilidad a instancias de los acreedores.* 2. Acción individual de responsabilidad. *A) Precepto legal. B) Bien jurídico protegido. C) Su tratamiento en la Ley Concursal.* 3. Responsabilidad por deudas sociales en el marco del artículo 262.5 LSA. *A) Precepto Legal. B) Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores. C) Funcionamiento de la responsabilidad solidaria. D) Relación entre la responsabilidad por deudas y el concurso de la sociedad deudora.* 4. Responsabilidad de los administradores ex artículo 172.3 LC. II.—RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS. 1. Acción social de responsabilidad y concurso de la persona jurídica. *A) Acción interpuesta con anterioridad a la declaración del concurso. B) Acción interpuesta con posterioridad a la declaración del concurso. C) Situación cuando procede también la responsabilidad concursal ex artículo 172.3.* 2. Acción individual de responsabilidad. *A) Compatibilidad de su ejercicio con las demás acciones de responsabilidad contra los administradores.* 3. Responsabilidad por deudas sociales y responsabilidad concursal. *A) Ejercicio de ambas en forma independiente. B) Reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso. C) El derecho de repetición de los administradores por las deudas sociales satisfechas a los acreedores de la persona jurídica concursada.* III.—CONCLUSIONES.

El ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales constituye un tema de permanente actualidad que preocupa tanto a juristas como a acreedores y deudores y cuyo tratamiento legislativo, teniendo en cuenta su trascendencia, no ofrece la claridad deseable.

La nueva Ley Concursal tampoco ha aprovechado la oportunidad de una reforma legislativa tan esperada para arrojar luz sobre esta problemática, sino que, por el contrario, nos enfrenta a nuevos interrogantes de difícil solución en algunos casos, especialmente en cuanto a la forma en que las distintas acciones de responsabilidad de los administradores de la persona jurídica concursada se compatibilizan.

En el presente trabajo procuraremos abordar algunos de los aspectos que mayores dudas nos han generado a este respecto dentro del ámbito del concurso del deudor persona jurídica, sin por ello pretender un análisis exhaustivo del tema. Estructuraremos el trabajo en dos partes generales. En la primera expondremos los elementos conceptuales y las características que consideramos más relevantes en relación a las diferentes acciones de responsabilidad que pueden dirigirse contra los administradores de una sociedad, de cara a intentar, ya en la segunda parte, señalar los inconvenientes que observamos en el funcionamiento conjunto de tales acciones en un escenario concursal.

I. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y EN LA LEY CONCURSAL

La Ley de Sociedades Anónimas y la de Sociedades de Responsabilidad Limitada prevén, básicamente, tres tipos de acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades: a) la **acción social de responsabilidad**; b) la ac-

ción individual de responsabilidad; y c) la **acción de responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas de la sociedad** en los supuestos contemplados en los **artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL**. Dada la remisión genérica que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hace, en este aspecto, a la Ley de Sociedades Anónimas, nos limitaremos a señalar los artículos de esta última para facilitar la exposición.

Por su parte, la Ley Concursal, además de las vinculaciones que estableceremos con las acciones previstas en la legislación societaria (que son bastante más escasas de lo que hubiera sido conveniente), prevé la eventual responsabilidad de los administradores en los casos de concurso culpable, en los términos recogidos en el **artículo 172.3 LC**.

Señalaremos, a continuación, los elementos de cada una de ellas, que nos servirán de base para alcanzar las conclusiones que expondremos en la segunda parte de estos comentarios.

1. Acción Social de Responsabilidad

A) Previsión legal

El **artículo 134 TRLSA** regula la **acción social de responsabilidad** de la que **es única titular la sociedad** y que se ejercita contra los administradores por los daños ocasionados por éstos como consecuencia de *«actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo»*, de conformidad a lo dispuesto en el **artículo 133.1 TRLSA**.

Estará legitimada para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, **en primer término, la sociedad**, ya que es ésta la titular de la acción como perjudicada directa por la actuación lesiva de los administradores.

Subsidiariamente, la acción podrá ser ejercitada por **los accionistas y, en última instancia, serán los acreedores** de la sociedad quienes estarán legitimados para ejercitarla, siempre que la sociedad o sus accionistas no la hayan ejercitado y éstos acrediten que el patrimonio social es insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Respecto de la acreditación de la insuficiencia del patrimonio social exigida a los acreedores, antes de la nueva Ley Concursal, Eduardo POLO¹ sostenía que la

¹ Eduardo POLO: «Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles», Editorial Civitas, S. A., 1991, tomo VI, p. 358.

«exigencia de que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos parece requerir haber perseguido judicialmente el pago del crédito y haber resultado total o parcialmente infructuosa la ejecución de los bienes de la sociedad. Sólo entonces, acreditada la insuficiencia del patrimonio de la sociedad deudora para el pago, el acreedor estaría individualmente legitimado para el ejercicio de la acción».

Por su parte, FARRÁN FARRIOL², en un comentario posterior a la Ley Concursal, hace una interesante disquisición acerca de este requisito previsto en la Ley de Sociedades Anónimas, señalando las diferencias conceptuales entre *«insuficiencia»* e *«insolvencia»* patrimonial:

«En efecto, requiere la Ley para el ejercicio de la acción por el acreedor la insuficiencia del patrimonio social, lo que es diferente a la insolvencia, entendida como pasivo superior al activo societario. Por ello, la sociedad puede ser insolvente y en cambio tener bienes para pagar a un determinado acreedor, con lo cual éste carecerá de legitimación para ejercer la acción social de responsabilidad... la problemática en el ejercicio de la acción por los acreedores se acrecienta, ya que obliga a los que quieren ejercer la acción social a demostrar que la sociedad carece de bienes que cubran sus créditos, con lo cual se obliga a acudir a un juicio previo en el que debe demostrarse la insuficiencia de bienes de la sociedad para atender el crédito reclamado por el acreedor.»

Como veremos más adelante, estimamos que la considerable dificultad de los acreedores para ejercitar esta acción social de responsabilidad, dificultad que, por otra parte, ha sido y es reconocida por la casi totalidad de la doctrina, se verá de algún modo mejorada por las previsiones contenidas en la nueva Ley Concursal.

B) Bien jurídico protegido

Nuestro análisis requiere detenernos en la particularidad del bien jurídico protegido en la acción social de responsabilidad, que no es otro que **la reintegración o recomposición del patrimonio de la sociedad**. En todo caso, tanto socios como acreedores **ejercitan una acción por cuenta de la sociedad y es éste el patrimonio que se verá beneficiado con el éxito de la acción social ejercitada**.

C) Su tratamiento en la Ley Concursal

En el comienzo de estas líneas destacábamos que la Ley Concursal, a nuestro entender, ha desaprovechado una excelente oportunidad de facilitar y aclarar el

² Joseph FARRÁN FARRIOL: «La Responsabilidad de los Administradores en la Administración Societaria», J. M. Bosch Editor, 2004, p. 93.

funcionamiento de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la persona jurídica concursada. Por el contrario, el tratamiento (o falta de él) que esta norma depara a las acciones que analizamos ha generado un sinnúmero de interpretaciones disímiles en aspectos de mucha relevancia, lo que, inexorablemente, trae aparejada una gran inseguridad jurídica.

En lo que respecta concretamente a las acciones sociales de responsabilidad, son básicamente tres los artículos que se ocupan de la cuestión. Ellos son el **8**, el **48.2** y el **51.1 LC**.

El **artículo 8 de la Ley Concursal** establece los supuestos en los que el juez del concurso tiene **competencia exclusiva y excluyente**. En especial, el **apartado sexto de dicho artículo** señala como uno de ellos:

«Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.»

Si bien, tal y como destacan BARRERA COGOLLOS³ y HERRERO PEREZAGUA⁴, este apartado fue introducido, en principio, como consecuencia de las enmiendas números 422 y 106 formuladas al Proyecto de ley concursal por el Grupo Parlamentario catalán y Coalición Canaria, respectivamente, quienes *propusieron ampliar las atribuciones del juez del concurso para que éste conociese de las acciones tendentes a exigir responsabilidad a los administradores sociales o a los auditores por los perjuicios causados con su actuación al concursado*, lo cierto es que la ley fue aprobada, finalmente, extendiendo la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso a las acciones de responsabilidad por los perjuicios causados al concursado *durante* el procedimiento. Ello supone, además y necesariamente, que, teniendo en cuenta el objeto de las mismas, en este caso, el juez conocerá de acciones instadas con posterioridad al concurso.

Frente a la redacción definitiva del **artículo 8.º, apartado sexto**, algunos autores, como HERRERO PEREZAGUA, ALONSO UREBA⁵, SÁNCHEZ CALERO⁶ o GARCÍA RUBIO⁷,

³ José Luis BARRERA COGOLLOS: «Comentarios a la Ley Concursal», Editorial Bosch, 2004, coordinada por J. M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs y A. Ferrer Barriendos, p. 102.

⁴ Juan F. HERRERO PEREZAGUA: «Comentarios a la Ley Concursal», Editorial Tecnos, 2004, coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, p. 119.

⁵ Alberto ALONSO UREBA: «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, tomo 1, 2004, p. 92.

⁶ Fernando SÁNCHEZ CALERO: «Los Administradores en las Sociedades de Capital», Editorial Thomson Civitas, 2005, p. 376.

⁷ María Paz GARCÍA RUBIO: «Comentarios a la Ley Concursal», Editorial Tecnos, 2004, coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, p. 436.

parecen defender la tesis de que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso sería extensible al conocimiento de las acciones sociales de responsabilidad iniciadas con motivo de perjuicios ocasionados a la persona jurídica deudora, tanto antes como durante el concurso.

Por su parte, HERRERO PEREZAGUA sostiene que no debe darse al artículo una interpretación demasiado estricta, sino que debe contextualizarse en el marco de otros artículos de la Ley Concursal que también se ocupan de las acciones de responsabilidad⁸.

En cuanto a la posición sostenida por ALONSO UREBA, SÁNCHEZ CALERO Y GARCÍA RUBIO, ésta se infiere a partir de su opinión respecto al alcance de los **artículos 48.2 y 51.1 LC**, que pasamos a analizar seguidamente.

El citado **artículo 48.2 LC** dispone:

«Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios.»

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.»

En este apartado nos limitaremos a comentar los dos primeros párrafos del artículo transcrito, dejando para más adelante la referencia al último párrafo.

⁸ Textualmente, HERRERO PEREZAGUA (*op. cit.*, p. 120) sostiene: «La alusión a la responsabilidad exclusivamente civil y a que los perjuicios hayan sido causados en el procedimiento viene a desvirtuar la finalidad que inspiró esta adición; en definitiva, de lo que se trata es de coordinar el concurso con el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los sujetos mencionados en el precepto, no sólo la de naturaleza civil y no sólo la causada durante su tramitación, sino también la responsabilidad concursal ex artículo 172.3 de la propia LC y las acciones generales de responsabilidad que establecen las normas societarias... Esta limitación legal no debe, sin embargo, tomarse como tal, pues las demás acciones citadas podrán ser ejercitadas y, de hacerlo, serán conocidas por el juez del concurso por establecerlo así expresamente los artículos 48.2II y 172.3 LC. La lógica se impone, pues en las acciones generales de responsabilidad a que se refieren las leyes societarias el daño objeto de reparación es el agravamiento o causación del estado de insolvencia, lo cual constituye, a su vez, presupuesto de la responsabilidad concursal, lo que enlaza con la justificación antes reproducida de la enmienda, fruto de la cual se incorporó el apartado comentado».

Si bien volveremos sobre este aspecto más adelante, debemos puntualizar aquí que, dado que las acciones sociales de responsabilidad son las únicas que «asisten» a la persona jurídica, son éstas las únicas contempladas en el artículo 48.2 LC. Por otra parte, el artículo es claro respecto a que será el juez del concurso quien tenga competencia para conocer de esas acciones contra los administradores de la persona jurídica concursada. Sin embargo, **la doctrina se divide con relación a si dicho precepto es aplicable sólo respecto de las acciones sociales que se inicien una vez declarado el concurso o si la *vis attractiva* del juez del concurso determina que éste tenga competencia para entender también de las acciones sociales de responsabilidad ejercitadas con anterioridad a dicha declaración.**

El principio general en este sentido lo establece el artículo 51.1 de la LC, que dispone que **los juicios declarativos en que el deudor sea parte** —se entiende que tanto en calidad de actor como de demandado, ya que el artículo no limita su condición al respecto— **y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia ante el juez originariamente competente para conocer del mismo, estando vinculado el juez del concurso, por imperio de lo dispuesto en el artículo 53 LC, a las sentencias dictadas antes o después de la declaración del concurso, en aquellos procedimientos.**

Sin embargo, el mencionado artículo 51.1 LC prevé una excepción:

«No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.»

En virtud de esta excepción, ALONSO UREBA, SÁNCHEZ CALERO Y GARCÍA RUBIO entienden que el juez del concurso es competente para entender tanto respecto de las acciones sociales de responsabilidad interpuestas por perjuicios ocasionados antes como durante el concurso.

En este sentido, ALONSO UREBA⁹ señala:

«Entendemos, además, que por aplicación del artículo 8.6.º y 51.1 LC se producirá una acumulación a favor del juez del concurso respecto de aquellas acciones sociales de responsabilidad que se hubieran ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso.»

⁹ ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 92.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO¹⁰ y GARCÍA RUBIO¹¹ se expresan en términos similares.

Sin embargo, nosotros compartimos la opinión de los autores que sostienen que, si bien hubiera sido conveniente que las enmiendas presentadas al proyecto de ley concursal se hubieran recogido en los términos propuestos y que las acciones sociales de responsabilidad por daños causados al concursado, tanto antes como durante el concurso, hubieran sido competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, el resultado final del texto legal aprobado no permite ampliar, por vía de interpretación, el alcance de dicha competencia.

De otro lado, tampoco coincidimos con la opinión de BARRERA COGOLLOS¹², quien sostiene que el artículo 8.6 LC ciñe la competencia del juez del concurso *«exclusivamente a los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento, lo que no excluye que el concursado pueda pedir responsabilidad a administradores o liquidadores por comportamientos previos al concurso, sólo que la competencia para conocer de esta acción no vendrá atribuida al juez de lo mercantil.»*

En este sentido, consideramos que **por imperativo del artículo 86.6 LOPJ, en todo caso, la competencia será del juez de lo mercantil que por turno de reparto corresponda, siendo competencia del juez del concurso, únicamente, aquellas acciones sociales de responsabilidad que se insten con posterioridad a la declaración del mismo.**

Nuestra última afirmación se funda en los siguientes argumentos: **a)** por una parte, dado que el supuesto contemplado en el artículo 48.2 LC no se encuentra incluido en el artículo 8 LC, la competencia del juez del concurso en el supuesto allí contemplado *no es exclusiva y excluyente*; **b)** por otra parte, si bien es cierto que el artículo 48.2 LC ofrece una redacción genérica que, en principio, no permitiría discriminar entre las acciones iniciadas antes y las acciones iniciadas con posterioridad a la declaración del concurso, también es cierto que el artículo 51.1 LC es claro y definitivo tanto al establecer el principio general como al señalar su excepción. **No cumpliéndose, simultáneamente, los dos requisitos que se requieren para la aplicación de tal excepción, las acciones sociales de respon-**

¹⁰ Fernando SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, pp. 375 y 376. Expresamente señala: «Si estando esta acción social en ese trámite (es decir, iniciada antes del concurso), se solicitara la declaración de concurso de la sociedad, y el procedimiento de la acción social estuviera en primera instancia, el juez del concurso, si estimare que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores (lo que parece obvio), se acumulará esa acción al procedimiento concursal (art. 51.1, en relación con el 8 de la LC)».

¹¹ María GARCÍA RUBIO: en «Comentarios a la Ley Concursal», obra coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.*, p. 433.

¹² José Luis BARRERA COGOLLOS: *op. cit.*, p. 103.

sabilidad iniciadas antes del concurso deberán continuar su tramitación ante el juez que, hasta ese momento, venía conociendo de la causa. Así lo entienden también ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS¹³, RIBELLES¹⁴, y MUÑOZ PLANAS Y MUÑOZ PAREDES¹⁵, entre otros. Estos últimos dos autores agregan, además, un elemento esencial en el análisis de este punto, al sostener que:

«No puede deducirse sin más una consecuencia tan excepcional y grave como sería la alteración “retroactiva” de las normas de competencia judicial y, de otro, porque, en cualquier caso, tal cambio de juez competente precisaría de normas procesales específicas con las que no contamos.»

Finalmente, sólo debemos mencionar que, de conformidad a la letra del artículo 48.2 LC, la administración concursal estará legitimada, con independencia de quienes lo están de acuerdo con el artículo 134 TRLSA, para instar las acciones sociales de responsabilidad que estimen oportunas. En un principio, dicha legitimación generó algunas discusiones doctrinales respecto a si se trataba de una legitimación subsidiaria o independiente, pero, en general, la doctrina se ha decantado, mayoritariamente, en este último sentido.

D) Ejercicio de la acción social de responsabilidad a instancias de los acreedores

Tal y como se deduce de los comentarios de POLO Y FARRÁN FARRIOL¹⁶, antes citados, la acreditación de la insuficiencia patrimonial de la sociedad por parte del acreedor con el fin de poder instar la acción social subsidiaria de responsabilidad contra los administradores de la sociedad deudora requiere de una actividad previa, en algunos casos costosa y, en otros, casi imposible para un acreedor.

Además de lo anterior, SÁNCHEZ CALERO¹⁷ señala, a nuestro entender con acierto, que, antes de la nueva ley concursal, los acreedores sociales tendían a ejercitar la acción individual de responsabilidad contra los administradores, en los ca-

¹³ Álvaro ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS: «Comentarios a la Ley Concursal», Editorial Bosch, 2004, coordinada por J. M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs y A. Ferrer Barriandos, p. 522.

¹⁴ José María RIBELLES: «Derecho Concursal Práctico», coordinador Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, Editorial La Ley, Iurium Editores, 2004, p. 283. Este autor sostiene que «quedan fuera del concurso los juicios que, aun cuando tengan trascendencia, incluso sustancial, para la formación del inventario, no deba conocer de ellos el juez del concurso».

¹⁵ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, número 250, año 2003, pp. 1345 y 1346.

¹⁶ Véanse notas 1 y 2 de estos comentarios.

¹⁷ Fernando SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, p. 377.

sos de insolvencia de la sociedad, dado que, de esta manera, evitaban ejercitar una acción en beneficio de todos los acreedores, perjudicando así sus posibilidades concretas y directas de cobro efectivo de su propio crédito.

En adelante, tras la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, es posible que las reclamaciones de los acreedores tiendan a formularse a través de la solicitud de declaración de concurso de la persona jurídica deudora, observando como principales beneficios, en el caso de acreedores comunes, los siguientes:

- a) Será más fácil para el acreedor acreditar la insolvencia de la sociedad recurriendo a los presupuestos contenidos al efecto en el artículo 2.4 LC, cuya demostración es objetivamente más sencilla para un tercero, que cumplir con el requisito previsto en el artículo 134.5 LSA.
- b) Por otro lado, de conformidad al artículo 91.6 LC, podrá transformar la cuarta parte del importe de su crédito común en crédito con privilegio general.
- c) Finalmente, tendrá la posibilidad de instar por escrito a la administración concursal para que ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 54.4 LC, beneficiándose, en el caso de que los administradores concursales o el propio concursado no ejerciten la acción en el plazo de dos meses desde el requerimiento, de la facultad de poder ejercitar la acción subsidiariamente y de que, si ésta fuera estimada, los gastos y las costas del procedimiento les sean reembolsados con cargo a la masa.

2. Acción individual de responsabilidad

A) Precepto legal

Al igual que la acción social de responsabilidad, la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 135 TRLSA supone una **responsabilidad por daños generados por los administradores, en los términos establecidos por el artículo 133.1 TRLSA**. Sin embargo, en este caso, la acción procede por **daños directos contra los intereses de socios o terceros** —entre ellos los acreedores—, y no por daños directos contra los intereses sociales que puedan generar, a su vez, daños indirectos contra aquéllos. Se mantendrá en estos casos la solidaridad de la responsabilidad entre los administradores, a la que hace referencia el artículo 133 LSA; sin embargo, como tendremos oportunidad de exponer más adelante, esa solidaridad en ningún caso alcanzará a la sociedad.

Como indica ESTEBAN VELASCO¹⁸, **el principio general es que la sociedad responde por la actuación ilícita de sus órganos en el ejercicio de sus funciones**, constituyendo el artículo 135 un **supuesto que permite romper en determinados casos ese principio general y estableciendo «una vía para superar la tradicional “inmunidad” reconocida a los administradores con una aplicación estricta de la teoría orgánica»**.

En cuanto al tipo de responsabilidad que supone este artículo para el caso de que la acción sea ejercitada por terceros, la doctrina es pacífica en considerarla extracontractual, mientras que aún se discute si, en relación con los socios, es contractual¹⁹ —FERNANDO SÁNCHEZ CALERO—, o extracontractual²⁰ —ESTEBAN VELASCO—. Dado que este aspecto no constituye objeto de nuestro estudio, no nos extenderemos en su análisis; sin embargo, si consideramos importante destacar que se trata de una acción que supone la **responsabilidad propia y directa de los administradores**, tal y como claramente expone ESTEBAN VELASCO en el extenso análisis que realiza de la misma²¹.

B) Bien jurídico protegido

Por contraposición a la acción social de responsabilidad en la que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la sociedad, **en el caso de la acción individual de responsabilidad, la ley persigue la protección del patrimonio personal de socios y acreedores, ya que ésta opera, precisamente, en el exclusivo supuesto de que la actuación de los administradores traiga aparejada daños directos al patrimonio de aquéllos**.

C) Su tratamiento en la Ley Concursal

En general, la doctrina entiende que la acción individual de responsabilidad no se encuentra contemplada en la ley concursal como un supuesto de acumulación respecto de la cual el juez del concurso sea competente. Ello así, ya que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 48.2 LC antes transcrito, el juez del concurso será competente para entender de las acciones *«que asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores, o liquidadores»*, y, como hemos visto, la acción que analizamos no es una de las que *«asiste»* a la persona jurídica. En este sentido se pronuncian, entre otros, Alvaro ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS,

¹⁸ Gaudencio ESTEBAN VELASCO: «La responsabilidad de los administradores», dirigida por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Editorial Tirant lo Blanch tratados, Valencia 2005, p. 165.

¹⁹ Fernando SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, p. 391.

²⁰ Gaudencio ESTEBAN VELASCO: *op. cit.*, p. 170.

²¹ Gaudencio ESTEBAN VELASCO: *op. cit.*, p. 157.

Juan VIAÑO, Alberto ALONSO UREBA y José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES.

En su comentario al artículo 48.2 LC, VÁZQUEZ IRUZUBIETA²² mantiene una posición claramente distinta.

En nuestra opinión, **el texto del artículo 48.2 LC es claro y definitivo y no prevé la actuación del juez del concurso en los casos en los que, como en la acción individual de responsabilidad, la legitimación activa para su ejercicio no recae en la persona jurídica concursada**.

Algunos autores, como ALONSO UREBA²³, sostienen que, si bien, de acuerdo con el texto legal, no puede considerarse incluidas dentro de los supuestos contemplados por la ley este tipo de acciones, ello constituye un error de política legislativa. En este sentido expresa que:

«El principio de universalidad del procedimiento concursal y la par conditio creditorum se garantizarían mejor mediante la acumulación en el Juez del concurso de todas las acciones de responsabilidad que se puedan plantear frente a administradores o liquidadores, dándose así prioridad a la acción social que afecta a la totalidad de los acreedores frente a las acciones individuales ejercitadas por acreedores concretos, o a las acciones de responsabilidad sanción, en base a los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL, a la vez que permitiría también al juez atemperar con base en la equidad el riesgo de una acumulación abusiva de condenas de responsabilidad por unos mismos hechos.»

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, sin llegar a sostener de manera efectiva que la acción individual de responsabilidad esté expresamente contemplada en los supuestos del artículo 48.2 LC, postula²⁴:

«En el caso de declaración de concurso de la sociedad, el ejercicio frente a los administradores de la sociedad concursada de la acción individual por parte de los socios o de los terceros directamente perjudicados por los actos de aquéllos, plantea problemas de difícil coordinación... La acumulación al procedimiento concursal parece que, en principio, no se ha de producir ni al amparo de la norma especial (art. 51 de la LC) ni a la general de la LEC (cfr. su art. 78), cuando el demandante en el procedimiento de la acción individual sea

²² Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «Comentarios a la Ley Concursal», Dijusa 2003, p. 464. Señala este autor: «Las reclamaciones que a título personal puedan pretender los socios contra los gestores de sus sociedades es un crédito que concurre con el que tiene el concurso y por el que reclama a las mismas personas físicas. Ante esta concurrencia de pretensiones, el juez del concurso, que es el competente para conocer de ambas, debe resolver a quién pagar la cantidad que se reclama y qué se obtiene definitivamente: si al concurso o a los socios del concursado».

²³ Alberto ALONSO UREBA: *op. cit.*, p. 92.

²⁴ Fernando SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, p. 397.

un socio frente a un administrador de la sociedad concursada. La cuestión ofrece aspectos diversos si el demandante es un acreedor y el administrador de la sociedad concursada puede verse afectado por la responsabilidad derivada de la calificación del concurso, a la que se refiere el artículo 172.3 de la LC. Responsabilidad cuya determinación se ve influida por una serie de circunstancias que ha de valorar el juez del concurso, dentro del amplio poder de discreción del que goza aún cuando la LC no lo precisa, si nos hallamos en la calificación del concurso, parece oportuna la previa acumulación del proceso de ejercicio de la acción individual ejercida por un acreedor contra el administrador de la sociedad concursada.»

Sin embargo, nosotros compartimos la opinión de los autores José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES²⁵, quienes sostienen que **no es razonable restringir los derechos de los socios o acreedores para instar la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos que lesionen directamente el patrimonio de aquéllos**, dado que, en el supuesto que analizamos, nos encontramos ante el concurso de la persona jurídica y no ante el concurso de los administradores de ésta. A este respecto, nos interesa destacar que, como exponemos más adelante, **en nuestra opinión, ante el caso del ejercicio de acciones individuales de responsabilidad, el patrimonio de los administradores sociales es el único afectado por el éxito de dichas acciones.**

3. Responsabilidad por deudas sociales en el marco del artículo 262.5 LSA

Los artículos 260 y 262 LSA, en los que se establecen las causas de disolución de la sociedad y los acuerdos sociales que consecuentemente deben adoptarse, incluyendo las previsiones de solicitud de concurso por parte de la persona jurídica, de acuerdo con la redacción modificada por la nueva Ley Concursal, han dado lugar a una gran cantidad de observaciones por parte de la doctrina ante los importantes conflictos y dudas que su nuevo tratamiento generan.

En estos comentarios, nosotros nos limitaremos a estudiar el contenido del artículo 262.5 LSA en cuanto a la responsabilidad solidaria de los administradores frente a las deudas sociales, por no haber solicitado el concurso en tiempo y forma. Al respecto nos referiremos a las dos últimas versiones de este artículo, la que introdujo la nueva Ley Concursal y que ha estado vigente hasta el pasado 15 de noviembre de 2005, y la que acaba de introducir la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005, y que en su Disposición final primera, apartado 8, modifica el contenido del mismo, en forma sustancial.

²⁵ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES, *op. cit.*, p. 1349.

A) Precepto legal

La anterior redacción del artículo 262.5 LSA, establecía:

«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.»

Consecuentemente, la responsabilidad de los administradores alcanzaba la totalidad de las deudas sociales, tanto anteriores como posteriores al incumplimiento de la obligación de éstos de convocar Junta general o de solicitar el concurso.

El nuevo texto del mencionado artículo, con arreglo a lo establecido por la Disposición Adicional primera, apartado 8 de la Ley 19/2005, supone una importante modificación a su contenido y establece:

«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.»

En estos casos, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.»

Como vemos, la nueva regulación reduce, en gran medida, el alcance de la responsabilidad de los administradores sociales, **limitándola a las deudas sociales posteriores al momento en el que éstos incumplan su deber de convocar a la Junta o solicitar el concurso de la sociedad.** El origen de dicha modificación fue la Enmienda número 34 al Proyecto de Ley de Sociedad Anónima Europea, realizada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso y que, originariamente, no incluía el último párrafo del texto transcrito. La motivación de la Enmienda fue la siguiente:

«La modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho

societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio.»

Como veremos más adelante, no creemos que la modificación del texto del artículo 262.5 LSA haya realmente resuelto los inconvenientes de coordinación que existen entre el régimen societario de responsabilidad y el régimen concursal.

B) *Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores*

Nos interesa particularmente establecer que nos hallamos ante una **responsabilidad-sanción** por parte de los administradores, que los obliga, solidariamente, por deudas ajenas. Es decir, a diferencia de las acciones de responsabilidad que hemos visto precedentemente, no se trata de una responsabilidad por daños ocasionados por los administradores en el ejercicio de su función que da origen a una responsabilidad propia de los administradores, sino que, por el contrario, **las deudas respecto de las que se los hace solidariamente responsables han sido contraídas por la propia sociedad concursada.**

ALONSO UREBA²⁶ lo expone claramente:

«La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales se conecta en estos preceptos a un deber impuesto legalmente a los administradores (instar-promover la disolución o, en su caso, solicitar la declaración de concurso, en la forma y plazos previstos legalmente), no siendo un caso de responsabilidad indemnizatoria por daños, sino una especie de responsabilidad-sanción por incumplimiento del referido deber legal, lo que determina a su vez que no estemos tampoco ante un caso de responsabilidad objetiva, pues sólo jugará con base en la imputabilidad derivada del incumplimiento de la obligación legal de promover la disolución o, en su caso, solicitar el concurso en la forma y plazo previstos...»

En igual sentido citamos, por todas, **la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004\8215)**, que, al respecto de la acción de responsabilidad que nos ocupa, afirmó:

«... hay que advertir que la responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas a los administradores sociales no requiere

²⁶ Alberto ALONSO UREBA: *op. cit.*, pp. 102 y 103.

más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción, es una responsabilidad "ex lege" (sentencias de 3 de abril de 1998 [RJ 1998,1910] y 26 de octubre de 2001 [RJ 2001,8134], entre otras) configurada ésta como responsabilidad "cuasiobjetiva" y entendida, desde luego, como una responsabilidad "ex lege" (sentencias de 12 de noviembre de 1999 [RJ 1999,9045] y 20 de octubre y 20 de diciembre de 2000 [RJ 2000,10130]. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002 [RJ 2002, 6256])... Y como se ha expuesto en el tratamiento previo y general de los tres motivos, la responsabilidad que se ha estimado en la causa es una responsabilidad-sanción...»

La nueva redacción del artículo 262.5 LSA, si bien, como hemos visto, supone una modificación sustancial del precepto, mantiene la naturaleza jurídica de la responsabilidad que los administradores tenían bajo el anterior texto.

C) *Funcionamiento de la responsabilidad solidaria*

En virtud de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 262.5 LSA, los acreedores de las deudas sociales podrán dirigir sus acciones tanto contra la sociedad, como contra cualquiera de los administradores o contra todos ellos a la vez. Se trata de una solidaridad distinta a la prevista para el caso de la acción social de responsabilidad y de la acción individual de responsabilidad, ya que, en este caso, participan de la misma no sólo los administradores entre sí, sino también la sociedad.

A este respecto debemos señalar dos elementos importantes: **a)** por una parte, que las deudas por las cuales los administradores pueden ser condenados a responder solidariamente corresponden a la sociedad. **Lo que se extiende, por mor del artículo 262.5 LSA, es la responsabilidad respecto a dichas deudas frente a los acreedores de la sociedad, pero no son, ni devienen, obligaciones solidarias en el sentido de que se modifique la titularidad de las mismas**, sino que, en todo momento, las obligaciones son de titularidad de la sociedad; **b)** por otra parte, la solidaridad entre los administradores y con la sociedad opera de manera distinta, ya que, entre éstos, sí surge una obligación solidaria, que es la de responder por las deudas sociales; sin embargo, en la relación con la sociedad, la responsabilidad de los administradores **funciona a modo de garantía de éstos frente a los acreedores.**

Emilio BELTRÁN expone con precisión los anteriores conceptos, aunque, como veremos, no nos satisface su remisión al régimen de las obligaciones solidarias. Así, el mencionado autor sostiene²⁷:

²⁷ Emilio BELTRÁN: «La responsabilidad de los administradores», *op. cit.*, pp. 249 y 250.

«La determinación del modo de distribución de la responsabilidad exige el examen de la relación jurídica subyacente, lo que en este caso muestra que el verdadero deudor es la sociedad; los administradores son únicamente responsables, en garantía de los acreedores sociales. Por el contrario, entre los administradores responsables existe una verdadera comunidad de intereses, que permite aplicar literalmente la regla de reparto de la deuda establecida por el CC. Si la obligación es satisfecha por la sociedad, se produce la extinción de la obligación, a efectos externos e internos. La sociedad no goza de acción de regreso contra los administradores que, en garantía de los acreedores sociales, eran responsables de la obligación social. Por el contrario, el pago hecho por cualquiera de los administradores extingue la obligación en el ámbito externo y hace surgir a su favor una acción de regreso contra la sociedad por la totalidad de la obligación y también una acción de regreso pro cuota contra los demás administradores, quienes a su vez podrán exigir a la sociedad el pago de la parte de la obligación satisfecha por ellos.»

Con base, precisamente, en los argumentos expuestos por BELTRÁN, estimamos que, **en la relación entre la sociedad y los administradores, subyace un régimen de garantía por deuda ajena que conlleva la aplicación de las normas de la fianza.**

DÍEZ-PICAZO, al tratar el concepto de las deudas solidarias, expone²⁸:

«La organización de la solidaridad pasiva en el CC parte de la contemplación de dos aspectos: las relaciones externas, es decir, entre el acreedor y los deudores solidarios, y las relaciones internas, o sea, entre los deudores entre sí. Bajo el primer aspecto, la idea rectora es que cada uno de los deudores es deudor por el entero. Bajo el segundo, el criterio directriz es el de que **la deuda se divide entre ellos en la proporción que acuerden, presumiéndose en defecto de este acuerdo la división por igual** (art. 1138).»

Más adelante señala el mismo autor²⁹ que el artículo 1.145 CC atribuye

«una acción de regreso al deudor que ha pagado contra sus codeudores, a fin de que le reembolsen la parte que a cada uno de ellos le corresponde en la deuda, con los intereses de anticipo. Si alguno es insolvente, debe distribuirse la pérdida que ello represente entre los demás (incluido el que ha hecho el pago)».

En virtud de lo expuesto resulta con toda evidencia que los anteriores artículos, al hacer referencia a los «deudores solidarios», contemplan, valga la redundancia, la existencia de deudas solidarias. Consecuentemente, **si los administradores no son deudores de las deudas de la sociedad, no puede aplicárseles sin más este régimen.**

²⁸ Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN: «Sistema de Derecho Civil», volumen II, Editorial Tecnos, p. 152.

²⁹ Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN: *op. cit.*, p. 564.

Por el contrario, el mismo DÍEZ-PICAZO, al analizar la fianza solidaria, indica:

«Es admisible la posibilidad de que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal. Así, el párrafo 2.º del artículo 1.822 dispone: "Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3, título 1.º, de este libro".»

«En realidad, la fianza solidaria no convierte al fiador en un deudor solidario con todas sus consecuencias, sino únicamente frente al acreedor. Por eso puede exigirse el pago indistintamente al fiador o al deudor, pues para él están colocados en el mismo plano. Pero en las relaciones entre fiador y deudor no desaparecen las normas del contrato de fianza. El deudor habrá de satisfacer por entero lo pagado por el fiador.»

Del propio texto transcrito surge la diferencia entre aplicar al supuesto que analizamos las normas de las obligaciones solidarias o las normas de la fianza: el derecho de repetición contra el deudor solidario se instrumenta de manera distinta al del fiador que paga una deuda ajena. Mientras el primero, al ser codeudor, sólo tiene derecho a repetir una parte de lo pagado, **el segundo tiene derecho a repetir la totalidad del importe abonado al acreedor.** Esta diferenciación que puede parecer poco más que una discusión doctrinal sin utilidad dentro del contexto de la nueva Ley Concursal, tal y como tendremos oportunidad de exponer más adelante, puede tener importantes consecuencias, ya que es sobre esta base sobre la que argumentaremos el derecho del administrador a repetir la totalidad de los importes pagados como consecuencia del ejercicio de esta acción contra la sociedad.

D) *Relación entre la responsabilidad por deudas y el concurso de la sociedad deudora*

Con respecto a la vinculación de las acciones de responsabilidad por deudas sociales con el concurso de la sociedad deudora, compartimos con MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, al igual que con ALONSO UREBA, la opinión de que **las acciones entabladas contra los administradores sociales con base en el artículo 262.5 LC no se ven afectadas por la declaración del concurso, no siendo el juez del concurso el competente para entender de ellas y, al igual que los citados autores, consideramos que la solución adoptada por el legislador no ha sido la más conveniente, dado que, muy posiblemente, se verá seriamente afectada la *par conditio creditorum* del concurso**, ya que los acreedores que intenten evitar, mediante el ejercicio de esta acción, incorporarse al concurso de la persona jurídica podrán verse beneficiados frente a quienes se atengan al mismo si puedan percibir de los administradores, el importe —o una parte, al menos— de sus créditos.

Esta situación ya era así con la redacción anterior del artículo 262.5 LSA y lo sigue siendo bajo el nuevo texto, sin perjuicio de la loable intención que tuvo el

legislador de subsanar este problema. En efecto, el nuevo texto legal no soluciona el inconveniente que genera el hecho de que no sea el juez del concurso quien intervenga en esta clase de acciones, lo que, por otra parte, hubiera requerido la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, consecuentemente, tampoco la eventual violación de la *par conditio creditorum* por parte de los acreedores que insten acciones con base en este artículo, sin atenerse al concurso; aunque es cierto que reduce el ámbito de las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse a los administradores por esta vía.

Por otra parte, el último párrafo del artículo modificado que se incluyó en virtud de una enmienda del Senado, establece una presunción *iuris tantum* a favor de que las deudas/obligaciones sociales son posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad —nada dice con respecto al acaecimiento de la obligación de solicitar el concurso—, salvo que los administradores acrediten que son de fecha posterior.

Podría pensarse que la omisión del legislador respecto a la aplicación de esta presunción al supuesto del concurso de la sociedad se debe más a un olvido que a una decisión expresa de mantener, para este caso, el principio general de la carga de la prueba que regula el artículo 217 LEC 1/2000, y en virtud del cual sería el acreedor quien estaría obligado a acreditar que su crédito es posterior al acaecimiento de la causa legal que da lugar a la responsabilidad del administrador. Sin embargo, es muy probable que, llegado el caso, existan inconvenientes para extender la presunción legal al supuesto de la falta de convocatoria a la Junta o, en su caso, de la solicitud de concurso, ya que se trata de una excepción al régimen general y, por tanto, debería haberse dispuesto expresamente.

Finalmente, nos preocupa muy especialmente la coordinación de esta acción de responsabilidad por deudas con los presupuestos establecidos por la Ley Concursal para la exigencia de responsabilidad a los administradores de la sociedad concursada en el marco del artículo 172.3 LC, que pasaremos a analizar seguidamente.

4. Responsabilidad de los administradores ex artículo 172.3 LC

El artículo 172.3 LC dispone:

«Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.»

Del texto transcrito se deducen los requisitos que deben cumplirse para que dicha responsabilidad pueda serle impuesta a los administradores de la persona jurídica.

1. El primer requisito es que se esté en la fase de liquidación del concurso.
2. El segundo requisito es que el concurso sea calificado como culpable. En este caso debemos remitirnos a los **artículos 164 y 165 LC**, que prevén los supuestos en que el concurso se calificará como culpable.

A este respecto, el artículo 164.1 señala que dicha calificación **procederá cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor**. Por su parte, el artículo 165.1.º establece que **se presumirá *iuris tantum* la existencia de dolo o culpa grave si los administradores de la persona jurídica concursada hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso**.

1. La masa activa de la sociedad debe haberse liquidado completamente habiendo quedado créditos impagos.
2. Aun en el caso de que los tres requisitos anteriores se cumplan, el juez del concurso estará, en principio, facultado, pero no obligado, a condenar a los administradores a responder por dichas deudas y la condena podrá ser total o parcial.

Para un sector mayoritario de la doctrina, la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC es de carácter sancionador³⁰, mientras que otro sector entiende que se trata de una responsabilidad por daños³¹. Finalmente hay quien ha postulado que se trata de una *«responsabilidad a caballo, a modo de tertium genus, entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad-sanción, sin perjuicio de la incidencia que tanto la culpa como la relación causal deben tener en dicha responsabilidad»*³².

Destacamos como argumentos más relevantes a favor de la postura mayoritaria los aportados por GARCÍA-CRUCES y, en especial, los dos siguientes:

³⁰ En este sentido, Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *op. cit.*, p. 1033; Álvaro ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS: *op. cit.*, p. 1791; Pablo QUEDEDO ARACIL: «Derecho Concursal Práctico», *op. cit.*, p. 779; José Antonio GARCÍA-CRUCES: «La Responsabilidad Concursal», en *La Responsabilidad de los Administradores*, *op. cit.*, p. 276.

³¹ Alberto ALONSO UREBA: *op. cit.*, p. 93.

³² Pedro PRENDES CARRIL: «La responsabilidad de los administradores tras la Nueva Ley Concursal», *Aranzadi Civil*, núm. 11/2004, p. 7.

1. «La construcción de la acción ex artículo 172.3 de la Ley Concursal, como la derivada de una responsabilidad resarcitoria, vendría a suponer el carácter manifiestamente superfluo de la norma, dada la regla expresa de compatibilidad en el concurso entre aquella y el régimen general de responsabilidad de los administradores que acoge el artículo 48.2 de la Ley Concursal. En efecto, con tal caracterización de la responsabilidad por el fallido concursal se estaría afirmando una duplicidad de regímenes para conseguir un mismo resultado; esto es, la reparación del daño causado a la sociedad ahora concursada y, de forma derivada, a sus acreedores.»

2. «No podría justificarse —la responsabilidad por daños—, pues resulta contrario a elementales exigencias de nuestro Derecho positivo que la procedencia de la reparación del daño quedara limitada a los supuestos en que el agente hubiera procedido con dolo o culpa lata, viniéndose a excluir toda suerte de resarcimiento en cualquier otro supuesto en que se hubiera procedido con distinto grado de culpabilidad.»

Sin embargo, a tenor de la redacción del artículo 173.2 LC, estimamos como más adecuada la postura de PRENDES CARRIL, respecto a que la responsabilidad prevista en el artículo que analizamos constituye de alguna manera un híbrido con características de responsabilidad por daños y de responsabilidad-sanción.

Por su parte, una reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, de fecha 18 de julio de 2005, parece decantarse por entender que el artículo 172.3 LC regula una responsabilidad-sanción, al modo del artículo 262.5 LSA³³.

Independientemente de cuál sea la calificación que doctrinalmente se le otorgue a la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 LC, consideramos que lo más importante a tener en cuenta a ese respecto es: a) que no se trata de una responsabilidad que sea aplicable de forma automática ante el mero acontecimiento de algunos hechos, sino que, en todo caso, será graduable por el juez del concurso, quien tendrá un amplio margen de arbitrio para decidir su aplicación y, en su caso, el concreto alcance de la misma; b) que para la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte con fundamento en este artículo deberá liquidarse, previamente, la totalidad de la masa activa de la sociedad concursada, y c) que existen importantes diferencias entre esta acción y la prevista en el artículo 262.5 LSA, que se pueden sintetizar en las siguientes:

1. La aplicación de la «sanción» prevista en el artículo 172.3 LC no se aplica, a diferencia de la del artículo 262.5 LSA, de forma automática, por el mero acaecimiento del presupuesto de hecho.

³³ La sentencia señalada afirma: «El precepto transcrito permite interpretar la responsabilidad del artículo 172.3 de la Ley Concursal como una responsabilidad por deudas, esto es, no parece que la Ley exija un nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia.»

2. La responsabilidad de los administradores por el 172.3 LC no se extiende a todas las deudas sociales, sino únicamente a aquellas que no hayan sido satisfechas tras la liquidación del patrimonio de la sociedad concursada, siendo, en consecuencia, dicha responsabilidad subsidiaria a la de la sociedad, y no solidaria, como en el caso del 262.5 LSA.
3. Por su parte, la nueva redacción del artículo 262.5 LSA determina que la responsabilidad de los administradores se extenderá, únicamente respecto de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa que dé origen a la necesidad de convocar a la Junta de accionistas para que adopte la decisión de solicitar el concurso, o de que los administradores soliciten el concurso.
4. Dado que el artículo 172.3 LC no establece que dicha responsabilidad tenga carácter solidario entre los administradores, entendemos que tal solidaridad no puede aplicarse por vía de interpretación, a diferencia de lo que postulan algunos autores³⁴.

A partir de los distintos elementos y características de las acciones de responsabilidad contra los administradores que hemos ido señalando hasta aquí, intentaremos abordar la segunda parte de nuestro trabajo que, estimamos, es consecuencia de los parámetros generales expuestos en esta primera parte.

II. RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS

Analizaremos en este apartado, básicamente, dos planos de compatibilidad entre las acciones. Por una parte, la posibilidad de ejercitar unas y otras en forma independiente y la especial situación cuando resulte de aplicación la responsabilidad concursal ex artículo 172.3 LC. Por otra parte, la situación del administrador que paga al tercero, como consecuencia de la acción de responsabilidad interpuesta contra él, y su eventual derecho de repetición o subrogación en el concurso.

1. Acción social de responsabilidad y concurso de la persona jurídica

A) Acción interpuesta con anterioridad a la declaración del concurso

Como hemos adelantado en la primera parte de este trabajo, entendemos que, interpuesta una acción social de responsabilidad con anterioridad a la declaración

³⁴ En contra de la opinión que nosotros sostenemos, entre otros, José Antonio GARCÍA-CRUCES, *op. cit.*, p. 280.

del concurso de la persona jurídica, el procedimiento debe continuar su tramitación ante el juez originariamente competente que, en virtud del artículo 86 ter 2.ª LOPJ, será un juez de lo mercantil, cuya sentencia resultará vinculante para el juez del concurso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 LC.

En este caso, la sentencia dictada en el otro procedimiento determinará la incorporación o no de un activo a la masa.

B) Acción interpuesta con posterioridad a la declaración del concurso

En este supuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2 LC, el juez del concurso será competente para entender de esta acción, que se tramitará por vía de incidente concursal, de acuerdo con el artículo 192 LC, que así lo dispone.

C) Situación cuando procede también la responsabilidad concursal ex artículo 172.3

El último párrafo del artículo 48.2 LC dispone:

«La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.»

ALONSO UREBA³⁵ sostiene que existe el riesgo de que unos mismos hechos y presupuestos puedan dar lugar a una doble obligación de resarcimiento.

Por el contrario, nosotros compartimos la opinión de GARCÍA-CRUCES³⁶, que afirma que no existe confusión posible entre ambas acciones y que el ejercicio de ambas no podrá dar lugar a una doble condena a los administradores.

Es fundamental hacer hincapié en la diferencia existente entre ambas acciones, no sólo con respecto al tipo de responsabilidad (por daños en un caso, y sanción, en otro), sino al bien jurídico protegido, al concreto acreedor de la deuda, y, muy especialmente, con respecto a los diversos grados de culpa exigibles en uno y otro caso (culpa leve, grave o dolo, en el supuesto de la acción social de responsabilidad, y únicamente culpa grave o dolo si estamos ante el supuesto del 172.3 LC), así como la diferencia en cuanto al alcance temporal de ambas responsabilidades (la doctrina es unánime en cuanto a que el plazo de prescripción de la responsabilidad contemplada en el artículo 134 LSA es el de cuatro años, mientras que la responsabilidad del artículo 172.3 LC sólo puede extenderse hasta dos años antes del concurso).

³⁵ Alberto ALONSO UREBA: *op. cit.*, p. 97.

³⁶ José Antonio GARCÍA-CRUCES: *op. cit.*, p. 295.

Analicemos un caso concreto: la sociedad A ejercita una acción social de responsabilidad contra sus administradores, en virtud de los daños concretos causados por éstos contra el patrimonio social. Los administradores son condenados a pagar esos daños a la sociedad y el importe de esa indemnización se incorpora a la masa activa de la sociedad.

Además de lo anterior, tras los trámites oportunos del concurso, éste es calificado como culpable, acreditándose que los administradores generaron o agravaron el estado de insolvencia de la sociedad. Tras la liquidación completa de la masa activa (incrementada en lo pertinente por el resultado del ejercicio de la acción social de responsabilidad), algunos acreedores se han visto imposibilitados de cobrar sus créditos y el juez del concurso condena a los administradores, en virtud de la responsabilidad-sanción prevista en el artículo 172.3 LC, al pago de esos créditos, total o parcialmente.

En este segundo caso, **los administradores deberán pagar a los acreedores (no a la sociedad)**, siendo éstos distintos de la persona jurídica concursada. Es decir, los presupuestos no son los mismos. **Estamos en presencia de acreedores distintos y la circunstancia de que los administradores sean condenados al pago no implica una doble condena por los mismos hechos.**

Seguramente, el hecho generador de la obligación de pago por parte de los administradores estará relacionado. En definitiva, provienen de su actuar doloso o con culpa grave; pero es que ese actuar generó diversas responsabilidades que determinaron, por distintos títulos, la obligación de pago a distintos acreedores. Sostener lo contrario sería como suponer que un sujeto cualquiera que contrae deudas con distintos acreedores se ve liberado de su pago por el hecho de responder frente a sólo uno de ellos. La ilegitimidad es evidente. No podemos olvidar, además, que para que exista condena en virtud del artículo 172.3 LC los administradores deberán haber actuado, como decíamos, con dolo o culpa grave, es decir, no se trata de un hecho fortuito o de culpa leve, por lo que es comprensible que la ley contemple una responsabilidad especialmente agravada en estos casos y procure por todos los medios que aquellos que actuaron de buena fe contratando con la sociedad concursada —en este caso los acreedores— no se vean perjudicados o se vean perjudicados en la menor medida posible por aquellos que contribuyeron a la insolvencia de la sociedad.

A lo anterior cabe añadir que el artículo 172.3 LC deja un amplio margen de arbitrio al juez del concurso, quien podrá, en su caso, ponderar los extremos de la condena a los administradores, lo que, como sostiene GARCÍA-CRUCES, se ve beneficiado por el hecho de que, de conformidad al artículo 48.2 LC, el juez del concurso sea el órgano competente para actuar ante las acciones sociales de responsabilidad ejercitadas con posterioridad a la declaración del concurso. Ello sin perjuicio de que, como hemos advertido al principio de este trabajo, nosotros en-

tendemos que hubiera sido conveniente que la ley hubiera contemplado la competencia del juez del concurso también respecto a las acciones sociales instadas con anterioridad a la declaración del mismo, extremo que, por los argumentos antes expuestos, sostenemos que no puede considerarse admitido según la actual redacción de la Ley Concursal.

2. Acción individual de responsabilidad

A) *Compatibilidad de su ejercicio con las demás acciones de responsabilidad contra los administradores*

A este respecto compartimos las posiciones de GARCÍA-CRUCES³⁷ y de MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES³⁸ respecto a que **el ejercicio de esta acción con las demás; es perfectamente compatible. No hay ninguna razón que determine la necesidad de que el juez del concurso intervenga en el procedimiento de las mismas.**

Debe tenerse muy en cuenta que se trata de una acción de responsabilidad por daños, directa y propia de los administradores contra socios o terceros/acreedores.

Cosa distinta es que, en la práctica —y con la tolerancia de los órganos judiciales—, ante la insolvencia de la sociedad y con el fin de eludir el concurso, los acreedores utilicen esta acción para evitar la *par conditio creditorum*, pero **esto supone una utilización defectuosa de esta acción, que no podemos legitimar por vía de la práctica.**

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\838) puede advertirse con claridad cómo se otorga un tratamiento prácticamente indistinto a los supuestos contemplados en los artículos 135 y 262.5 LSA, hasta el punto de afirmarse que ambas acciones tienen un «*soporte jurídico*» idéntico. La referida sentencia señala:

«Con independencia de si en la demanda se ejercitó la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales de los artículos 133 y 135 LSA, o la de responsabilidad solidaria de los mismos por obligaciones sociales de los artículos 260 y 262 LSA, que son diferentes por su naturaleza, requisitos y efectos, sin que nada obste a que un acreedor social pueda optar por una u otra, o incluso acumularlas, y sin perjuicio de que las hipótesis de infracción de los deberes legales del artículo 262 LSA puedan operar como soporte juri-

³⁷ José Antonio GARCÍA-CRUCES: *op. cit.*, pp. 296 y 297.

³⁸ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, pp. 1346, 1348 y 1352.

dico de la acción individual, y aún cuando es cierto que la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia resolvió la litis en la perspectiva única de la acción individual en tanto la de la Audiencia —que es la objeto de recurso— visualiza en exclusiva la de responsabilidad por deuda social...»

La utilización indebida del artículo 135 LSA a supuestos de hecho no contemplados por dicho artículo es puesta de manifiesto en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de febrero de 2005 (JUR 2005\118746)**, en la que el juzgador indica:

«En más litigios de los que sería de desear, aunque la lectura de algún pasaje de las demandas que los inician parezca indicarnos que se está ejercitando la acción individual del artículo 135, en el relato fáctico que se incorpora a la misma suele mencionarse el incumplimiento por parte de los administradores demandados de la obligación de promover la disolución de la sociedad.»

La cuestión nuclear reside en que no podemos olvidar que, en este tipo de acción, **el único deudor es el administrador y su responsabilidad deriva de un título distinto al de las demás acciones que puedan ejercitarse contra él.**

En el análisis de este supuesto, si bien los autores MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES reconocen la diferencia intrínseca de esta acción con las demás, al estudiar la posibilidad de que el administrador repita contra la sociedad el pago efectuado a quienes ejercitaron esta acción contra él, obvian esta determinante diferencia.

Sostienen los referidos autores:

«En efecto, aunque, en puridad, estemos ante créditos independientes (y no ante un solo crédito con pluralidad de deudores solidarios), tal independencia es, tiene que ser, relativa. El éxito de la reclamación contra la sociedad afecta, obviamente, a la posible reclamación contra los administradores, en cuanto que se minorará el daño sufrido y por tanto lo que se puede reclamar de ellos. Al revés, la estimación de la demanda contra los administradores afecta, tiene que afectar también al crédito, contra la sociedad, extinguiéndolo o minorándolo. Mantener la independencia absoluta de ambos créditos sería tanto como permitir que el acreedor obtuviera un doble resarcimiento. La posición del administrador en tales casos es equiparable a la de un fiador: si paga se extingue la deuda del fiado (para con el acreedor, se entiende), y si paga éste se reduce la responsabilidad de aquél a la de un fiador, además, solidario.»

Avanzando un poco más resulta también evidente que el pago hecho por el administrador demandado por culpa extracontractual, en la medida en que impide al acreedor dirigirse contra la sociedad por la parte de deuda que él ha asumido (como daño causado), supone un pago de deuda ajena, que debe permitir al administrador repetir contra la sociedad, auténtica deudora.»

Aceptar la posición expuesta por estos autores a este respecto supone tanto como derogar, por vía de interpretación doctrinal *in extenso*, la propia acción individual de responsabilidad, ya que estaríamos dándole un tratamiento propio de la acción social de responsabilidad o, en última instancia, de la acción de responsabilidad ex artículo 262.5 LSA.

Si hemos acordado que la característica básica de esta acción es que se trata de la reclamación de una deuda extracontractual (o contractual en caso de socios, según la posición doctrinaria que se adopte), **propia** del administrador con base en un daño directo ocasionado a socios o terceros, y que se trata de una acción distinta a la contemplada en el artículo 134 LSA, no podemos luego sostener que la «*auténtica deudora*» es la sociedad y, consecuentemente, en ningún caso podemos aplicar por analogía las reglas de la fianza. Es por esa razón que nosotros entendemos que, **bajo ninguna circunstancia, podrán los administradores obligados al pago de indemnización, en virtud del artículo 135 LSA, repetir contra la sociedad los importes a cuyo pago fueron condenados.**

En todo caso, creemos que la doctrina deberá insistir en la naturaleza jurídica y demás características que fundamentan esta acción para llamar la atención de jueces y magistrados con el fin de que éstos se abstengan de ampliar el alcance de la norma a supuestos que no le son propios, lo que en muchas ocasiones se produce en razón de un mal entendido sentido de justicia frente al acreedor que ve impagado su crédito. Tal vez, en definitiva, deba concluirse que el ejercicio de esta acción individual de responsabilidad es más complejo y ofrece una mayor dificultad probatoria, de la que, en la práctica, es exigida por los tribunales para estimar la misma.

No obstante lo anterior, a la luz de la nueva redacción del artículo 262.5 LSA, que limita el objeto de la acción de responsabilidad contra los administradores por las deudas de la sociedad, cabe esperar que, al constituir la vía del 135 LSA la forma más sencilla y rápida de evadir el concurso, se siga utilizando esta acción indebidamente.

3. Responsabilidad por deudas sociales y responsabilidad concursal

Este es, a nuestro entender, el punto más conflictivo de la problemática que venimos planteando en este trabajo.

A) Ejercicio de ambas en forma independiente

Dado que el artículo 48.2 LC, como hemos visto, no extiende la competencia del juez del concurso a las acciones instadas en virtud del artículo 262.5 LC por-

que no forman parte de las que «asisten» a la persona jurídica concursada, es evidente que éstas se tramitarán en forma independiente. No obstante, su ejercicio independiente puede plantear algunos escenarios conflictivos.

Para visualizar mejor la cuestión, la expondremos a partir de dos supuestos prácticos diferentes:

a) Caso en el que un acreedor insta la acción del artículo 262.5 LC y un juez, distinto al del concurso, desestima la acción por entender que, en el caso sometido a su decisión, los administradores no faltaron a su obligación de solicitar el concurso en tiempo y forma.

Este supuesto puede plantear graves problemas, en función de la trascendencia que, en relación a la pieza de calificación del concurso, se otorgue a esta resolución.

En efecto, ¿qué pasaría aquí con los efectos de la cosa juzgada frente al juez del concurso?

Dado que la acción se tramitará en forma independiente, en principio podríamos sostener que sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 LC, es decir, la sentencia firme dictada antes o después del concurso vinculará al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponde.

Lo anterior podría llevarnos, por ejemplo, a la paradójica conclusión de que, toda vez que el artículo 165 LC determina que la existencia de dolo o culpa grave de cara a declarar el concurso culpable al amparo del artículo 164 LC, se presume cuando los administradores de la persona jurídica concursada hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso, ante una sentencia dictada por un juez distinto (que, además, no ha tomado conocimiento de la situación de la sociedad concursada con la amplitud del juez del concurso); el ejercicio, por un acreedor, de una acción del 262.5 LSA, en la que expresamente se declare que esa circunstancia no ha tenido lugar, podría impedir que se declarara el concurso culpable con base, al menos, únicamente en ese supuesto. ¿Podría considerarse a este respecto que existe cosa juzgada?

QUECEDO ARACIL³⁹, a *sensu contrario*, parece sostener que sí estaríamos ante los efectos positivos de la cosa juzgada en el caso de que en el procedimiento seguido ante el juez que entienda de la acción del 262.5 LC fuera del concurso hubiera admitido la petición del acreedor. En este sentido, sostiene el mencionado autor:

³⁹ Pablo QUECEDO ARACIL: «Derecho concursal práctico», *op. cit.*, p. 782.

«La condena por pérdidas e inactividad de los administradores para solventarlas deja sentadas las bases para el juicio de culpabilidad por dolo o culpa grave, sin perjuicio de que además pueda apoyarse en las presunciones correspondientes. Si los administradores demandados fuesen los mismos, los efectos excluyentes de la cosa juzgada obligarán a absolver a los ya condenados que, además, lo fueron más gravemente por la totalidad de las deudas.»

En realidad, la opinión de este autor, cuya exposición no nos parece del todo clara, se refiere, en principio, al problema de una eventual doble condena de los administradores, con la que no coincidimos, pero, en definitiva, está aceptando la posibilidad de que exista cosa juzgada por mor del procedimiento judicial seguido fuera del concurso.

Sin perjuicio de lo expuesto, en nuestra opinión, existen fundamentos para sostener que no existe cosa juzgada, ya que no sería razonable entender que una sentencia desestimatoria, basada en la demanda presentada por un acreedor que, aún sin actuar en fraude del resto de los acreedores y/o en connivencia con el administrador demandado, haya podido presentar medios de prueba insuficientes, pueda vincular a los demás acreedores concursales que no han sido parte en el procedimiento. Opinamos, en consecuencia, que en un caso como el planteado podría alegarse la falta de identidad subjetiva que requiere el artículo 222.3 LEC 1/2000.

No obstante, consideramos que no se trata de un problema menor y que esta descoordinación puede traer aparejados graves inconvenientes. Ello no hace más que ratificar nuestra posición respecto a que ha sido un error de política legislativa dejar fuera de la competencia del juez del concurso el ejercicio de estas acciones.

b) El segundo caso se daría si, en el procedimiento seguido por el acreedor fuera del concurso, los administradores fueran condenados al pago de las deudas de la sociedad con base en la responsabilidad solidaria de éstos, en virtud del artículo 262.5 LC.

Nuestra posición a este respecto coincide con la expuesta por los autores MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES⁴⁰ y por GARCÍA-CRUCES⁴¹: no vemos que exista peligro de una doble condena a los administradores por las mismas deudas, por la simple razón de que, como exponen los primeros, *«el éxito de la demanda frente a uno o más de los administradores, y el cobro —total o parcial— que de la misma se derive extinguen o minoran, según el caso, el crédito que dicho acreedor tenga reconocido en el concurso, por aplicación del artículo 1145.1 CC»*. Además,

⁴⁰ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, p. 1353.

⁴¹ José Antonio GARCÍA-CRUCES: *op. cit.*, p. 302.

teniendo en cuenta las diferencias que hemos señalado entre la acción del 262.5 LSA y el 172.3 LC, podría darse el caso de que, aun ante una sentencia condenatoria basada en el primero de los artículos, el juez del concurso no condene a los administradores en los términos del 172.3 LC. Téngase en cuenta en este sentido que la presunción de dolo o culpa grave establecida en el artículo 165 LC, como base para calificar el concurso como culpable, admite prueba en contrario, lo que supone que, ante un mayor conocimiento por parte del juez del concurso de las circunstancias que rodean al mismo, éste pueda estimar que no concurren los presupuestos necesarios para una condena o que, en su caso, nos encontremos ante un caso de culpa leve, que está exento del ámbito de aplicación de la responsabilidad concursal. Además, en virtud de la nueva redacción del artículo 262.5 LSA, sólo algunas de las deudas de la sociedad podrán ser reclamadas a los administradores sociales, mientras que, en el caso del artículo 172.3 LC, podrán reclamarse todas aquellas —sean anteriores o posteriores a la declaración del concurso o al incumplimiento por parte de los administradores de solicitar el concurso—, siempre que el activo de la sociedad, una vez liquidado, resulte insuficiente para el pago de los acreedores sociales.

Cosa distinta es analizar la forma en que debe verse reflejado el crédito del acreedor que, a la vez que solicita el reconocimiento de su crédito en el concurso de la sociedad, reclama su pago en un procedimiento al margen del concurso a los administradores sociales con base en su responsabilidad solidaria. Dejamos fuera, por supuesto, el caso del acreedor que haya solicitado y obtenido sentencia condenatoria en su favor antes de la declaración del concurso, habiendo los administradores condenados abonado los créditos correspondientes, ya que aquí sólo se nos planteará el problema que analizaremos más adelante respecto a la posibilidad de que el administrador repita el pago contra la sociedad.

Sostienen MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES⁴² que hubiera sido conveniente que la ley estableciera la obligación del acreedor de comunicar esta circunstancia. En efecto, consideramos que la ley debería haber previsto un sistema específico para este caso, en el que debería haberse incluido esa comunicación como necesaria, dentro de los requisitos mínimos a cumplir por aquél.

Ante esta situación, debemos abordar dos temas que trataremos por separado, aunque, como veremos, guardan una estrecha conexión entre sí: la forma en que debe incorporarse el crédito del acreedor al concurso, y cómo funcionaría el eventual derecho de repetición de los administradores en caso de que pagaran a los acreedores en virtud del ejercicio de la acción del 262.5 LSA.

⁴² José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, p. 1349.

B) Reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso

Al tratar el tema que nos ocupa, MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES dividen su análisis en dos supuestos: **a)** cuando el acreedor, en el momento de formalizarse la lista de acreedores, logró ejecutar la condena contra los administradores de la sociedad y obtuvo el pago parcial de sus créditos, y **b)** cuando se declara el concurso y las acciones han sido ejercitadas contra los administradores sin que aún exista sentencia firme o, existiendo, ésta no haya sido ejecutada.

Entendemos que sería conveniente tener en cuenta, además, el supuesto de que los acreedores ejerciten la acción después de la formalización de la lista de acreedores.

Frente al primer caso, los acreedores sólo podrán comunicar a la administración concursal la parte del crédito pendiente de pago.

La Ley Concursal se refiere a esta situación en los **artículos 87.7 y 160 LC**.

El primero de los artículos citados prevé:

«A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda.»

Por otro lado, el **artículo 160 LC** establece:

«El acreedor que, antes de la declaración del concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste.»

Como señalan los mencionados autores, la redacción de dichos artículos es «criticable por confusa y falta de coordinación», por lo que se impone la necesidad de formular una interpretación conjunta y coherente de los mismos. En este sentido, adherimos a la propuesta de interpretación que los autores formulan en los siguientes términos:

«... el crédito (de reembolso) se comunica y reconoce a nombre del co-deudor solidario ("pagos correspondientes a aquéllos...»), pero el acreedor tiene un derecho de cobro preferente hasta la íntegra satisfacción del suyo. Lo que reste corresponde al fiador, avalista o codeudor. Nótese que este precepto

limita el derecho preferente de cobro a los casos en los que el pago parcial se hubiere producido "antes de la declaración de concurso" —lo que no dice, sin embargo, el art. 87.7 LC— y a su vez parece extenderlo —de nuevo frente al 87.7— a cualesquiera pagos que correspondan al codeudor, fiador o avalista, y no sólo a los derivados del reembolso. Acudiendo al artículo 1.213 CC, que es la base de ambos preceptos, habrá que reconocer ese derecho de cobro preferente aunque el pago parcial se haya producido después de declarado el concurso, pero tan sólo sobre los pagos correspondientes a la repetición contra el deudor principal.»

En cuanto al segundo caso, esto es, cuando se declara el concurso y las acciones contra los administradores están iniciadas o, lo que es más, existe una sentencia firme que no ha sido aún ejecutada, sostienen los mencionados autores que será de aplicación el **artículo 87.6 LC**, aunque formulan algunas reservas —no menores— a la aplicación de tal precepto en toda su extensión.

Dicho artículo postula:

«Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador.»

MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES⁴³ sostienen que la segunda parte del artículo no podría aplicarse dado que ello determinaría que todos los créditos de los acreedores que insten acciones de responsabilidad por las deudas de la sociedad contra los administradores devendrían subordinados y **basan su interpretación en que, dado que no se trata propiamente de una fianza, no puede aplicarse taxativamente el contenido del referido artículo, en concreto, su segunda parte.**

Como hemos expuesto en el apartado I.3-C) de este trabajo, nosotros opinamos que la relación interna subyacente entre la sociedad y los administradores en el caso del artículo 262.5 LSA, es propia de la fianza. Por lo tanto, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 87.6 LC, la única conclusión que podemos alcanzar es que tanto los créditos de los acreedores como los del administrador que, en su caso, hagan frente a las deudas sociales, deberán calificarse como subordinados.

No hemos encontrado, hasta el momento, pronunciamientos judiciales que traten expresamente esta cuestión. Sin embargo, tal y como los mismos autores se-

⁴³ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, p. 1358.

ñalan⁴⁴, la previsión del artículo 87.6 LC, independientemente de su aplicación frente a la acción del 262.5 LSA, nos alerta sobre una injusta, además de absurda, solución ante un supuesto de aval o fianza, que es, por otra parte, tan común en la actividad mercantil, especialmente ante el otorgamiento de créditos o préstamos bancarios que, normalmente, exigen el aval o fianza de los administradores de la sociedad beneficiaria del crédito.

Este último supuesto sí ha sido analizado ya por algunos Juzgados de lo Mercantil, que se han visto obligados a plantear una interpretación «creativa» ante la evidente injusticia que supondría la aplicación literal del presupuesto legal.

Por su trascendencia, transcribiremos a continuación los fundamentos más relevantes de la **sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de fecha 8 de junio de 2005**, que sigue la línea jurisprudencial de otras dictadas por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, Barcelona y Sevilla, en supuestos similares.

«La interpretación del alcance que merece el artículo 87-6 LC ha sido probablemente una de las cuestiones más discutidas de las que atañen a la reforma concursal, habiéndose pronunciado la doctrina científica de modo discordante al respecto, desde quienes mantienen una interpretación apegada a la literalidad de la norma (autores como PERDICES, CORDERO LOBATO), hasta quienes desde una hermenéutica que, atendiendo a una jurisprudencia de intereses, rechazan con firmeza que el crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor se «contamine» necesariamente de ese carácter subordinado habida cuenta de las situaciones injustas a que conduce (CARRASCO, ALONSO LEDESMA, OLIVENCIA), pasando por quienes proponen una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuando de éstos se deriven consecuencias indeseables (BERMEJO, ARIAS VARONA)...

El problema surge cuando la respuesta que la norma, en una lectura gramatical, da a semejante riesgo aparece como desproporcionada a tal finalidad —repárese que llevaría no sólo a calificar ope legis al acreedor principal como subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (art. 97-2 LC)...

El núcleo de la cuestión entendemos que pasa por esclarecer el alcance del inciso segundo de la norma, y más concretamente determinar el instante en que surte su operatividad, esto es, si la tarea de calificación del crédito en tales términos ha de tener lugar ex ante o ex post al pago que pueda realizar el fiador. Para ello habremos de tener presente que al fiador que paga por el deudor, nuestro CC le reconoce efectivamente a su favor tanto la acción de

⁴⁴ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, p. 1358, cita 26.

reembolso en su artículo 1.838 como la de subrogación en el artículo 1.839, contempladas además por la jurisprudencia como dos acciones perfectamente diferenciadas (SSTS 4 julio 1953, 22 noviembre 1967, 29 mayo 1984, 13 marzo 1987, 13 febrero 1988). Trasladado este esquema al ámbito concursal encontramos que, en la situación anterior al pago, el fiador vería limitadas sus posibilidades de insinuación en la masa a la del crédito de reembolso del que sería titular en su caso, crédito que podría ser comunicado y reconocido con el carácter de contingente (art. 87-3 LC), mientras que su calificación, dada su naturaleza de crédito autónomo, habrá de correr la suerte de su titular, viéndose en consecuencia legalmente postergado si dicho titular fuera persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92-5.º y 93 LC).

... en la subrogación el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra la más mínima alteración salvo en la exclusiva del cambio de personas, pudiendo el cesionario subrogado, como nuevo acreedor, exigir su cumplimiento en los propios términos en los que les hubiere podido ejercer su anterior acreedor, del que es su sucesor.

Pues bien, es a esta posibilidad de subrogación del fiador en la posición del acreedor a la que se refiere expresamente el inciso primero del artículo 87-6 LC al hablar de «y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en el caso de pago por el fiador» y es precisamente aquí donde surge el riesgo de que las reglas de subordinación puedan verse burladas por el fiador que mediante tal mecanismo trata de ocupar la posición del acreedor principal. Para conjurar este peligro viene el inciso segundo de la norma a disponer un mandato aplicable únicamente en la eventualidad de que dicho pago haya tenido lugar, al prever que «en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador», debiendo en tal caso interpretar que la opción de que habla la norma no viene referida a los créditos (pues se trata de un solo crédito que se mantiene inalterado, como ya se ha visto), sino a la calificación que hubiera de corresponder a sus titulares en uno y otro caso.

En conclusión, el inciso segundo del artículo 87-6 LC sólo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de persona relacionada con el deudor, que al acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido...»

Lamentablemente, y a pesar de haber sido una norma tan esperada, la Ley Concursal ha obligado a los tribunales a efectuar interpretaciones que suponen poco menos que contravenir el tenor literal de la norma, dando lugar a una inseguridad jurídica impropia de una situación tan extrema como es la concursal. Sin embargo, frente al sinsentido del texto legal, no vemos otra alternativa que ampararnos en la interpretación contenida en la sentencia transcrita y aplicar los crite-

rios en ella expresados a la forma en la que deben calificarse los créditos de los acreedores que ejerciten una acción de responsabilidad por deudas contra los administradores de la sociedad concursada.

Por último, sólo cabe añadir que, si pretendiésemos hacer una interpretación distinta de la que hasta ahora vienen formulando los Juzgados de lo Mercantil y, en el segundo caso planteado (es decir, cuando la acción de responsabilidad por deudas se encuentre pendiente o la sentencia, en su caso, no se haya ejecutado), concluyéramos que el crédito del acreedor deviene necesariamente subordinado, nos podríamos enfrentar a una circunstancia, si cabe, aún más absurda que la ya planteada.

En efecto, para el supuesto de que, en el momento de la formalización de la lista de acreedores, el acreedor aún no hubiese reclamado su crédito contra los administradores de la sociedad, el mismo se incorporaría al concurso, en su totalidad, con todos sus derechos y sin limitación alguna, manteniendo su calificación originaria. **Es decir, que la fecha de interposición de la acción de responsabilidad contra los administradores, por parte del acreedor, determinaría el cambio de calificación de su crédito.**

C) *El derecho de repetición de los administradores por las deudas sociales satisfechas a los acreedores de la persona jurídica concursada*

Compartimos la posición de MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES respecto a que **corresponde reconocer a los administradores que hacen frente al pago de los créditos sociales, por mor del artículo 262.5 LSA, el derecho a repetir la totalidad de ese pago contra la sociedad, lo que, en este caso, supone el reconocimiento de tales créditos en el concurso.**

Esta conclusión es, por otra parte, coherente con la doctrina mayoritaria que, al analizar las características de la acción de responsabilidad por deudas sociales, reconoce la acción de regreso, de la que son titulares los administradores contra la sociedad⁴⁵.

La duda surge en la calificación que dichos créditos deben ostentar en el concurso.

La regla general, en este sentido, viene contemplada, como se señala con claridad en la sentencia parcialmente transcrita en el punto anterior, en los artículos 92.5 y 93.2.2 LC, que disponen que **serán créditos subordinados aquéllos de**

⁴⁵ Emilio BELTRÁN: *op. cit.*, pp. 249 y 250.

los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, indicándose en el segundo de los citados artículos que los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concurso y los apoderados con poderes generales de la sociedad concursada, ostentan el carácter de persona especialmente relacionada con ésta.

Consecuentemente, el principio general es el de que los créditos de los administradores contra la persona jurídica concursada tendrán el carácter de subordinados.

No obstante, la opinión de MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES es que dichos créditos deberán mantener la calificación de los créditos de los acreedores sociales⁴⁶, es decir, se incorporarán al concurso con la calificación que le correspondían en él a los créditos que ellos abonaron por cuenta de la sociedad.

Asimismo, los mencionados autores reconocen el derecho de reembolso a los administradores por pagos realizados en virtud de la acción individual de responsabilidad. Al respecto nos remitimos a los argumentos expuestos en el apartado I.2.B) de este trabajo, en el que señalamos que, en tanto entendemos que se trata de una deuda propia del administrador, no corresponde reconocerles ese derecho de reembolso.

⁴⁶ José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, pp. 1359 y 1360.

Dichos autores basan sus conclusiones en los siguientes razonamientos: «La solución no es fácil y no puede hallarse, como dijimos, en la aplicación analógica del inciso segundo del artículo 87.6 LC, esto es, calificando ya *ab initio* el crédito del acreedor como de subordinado, pues eso supone un perjuicio grave para los acreedores que, como ocurre en tantos casos, tampoco logran cobrar de los administradores, perjuicio que no puede fundarse, por vía analógica, en una norma pensada para la fianza.

En principio, atendiendo a la naturaleza del derecho de repetición entre codeudores solidarios, ex artículo 1.145 CC, que otorgábamos en caso de que el pago derivase del artículo 262.5 y del derecho de reembolso por pago de deuda ajena del 1.158 CC, que reconocíamos en el caso de la acción individual, podría sostenerse, con todo fundamento, que estamos ante derechos autónomos surgidos *ex novo* por razón del pago hecho, y que no son, pues, derechos adquiridos por vía subrogatoria, por lo que deberían ser calificados como créditos propios de los administradores y, por ello, subordinados, con independencia de la calificación que tuviese el crédito del acreedor.

No obstante, es igualmente cierto que tanto el codeudor solidario que paga al acreedor común, como el que paga deuda ajena quedan también subrogados de pleno derecho en el crédito que pagaron, por aplicación del artículo 1.210.3.º CC, pues en ambos casos estamos ante pagos realizados por un interesado, en los cuales la subrogación se presume. Es decir, que el administrador que pagó puede subrogarse en la posición del acreedor, manteniendo la calificación que su crédito tenía, y se presume que lo ha hecho, aunque disponga también del derecho de regreso o de reembolso.

Esta solución, aunque pueda considerarse menos satisfactoria por resultar más favorable para los administradores, es, sin embargo, la que mejor encaja en el procedimiento concursal. Si la sustitución del acreedor conllevara también la recalificación de la deuda, es claro que sólo sería posible mientras la lista aún no se hubiera formado o, incluso, podía pensarse, cuando no fuera definitiva, dando un nuevo plazo para impugnaciones, pero posteriormente resulta imposible, pues podría afectar a todos los trámites ulteriores, al variar la cifra del pasivo ordinario y con ello el cálculo de adhesiones, quórum y mayorías».

En cuanto al reembolso en el supuesto de la acción del 262.5 LC, no podemos compartir la posición de los autores con relación a la calificación de los créditos originados como consecuencia de ese derecho.

Dado que consideramos que debe aplicarse al derecho de reembolso de los administradores ante el ejercicio de las acciones de responsabilidad por deudas sociales el régimen legal de la fianza, **la única solución posible para este caso es la aplicación del artículo 87.6 LC, si bien, a partir de la interpretación jurisprudencial que hemos expuesto y que confiamos que se mantenga también en este sentido, es esperable que ello no suponga la «transformación» del crédito del acreedor en subordinado, lo que sucedería también si nos atuviésemos al texto literal de dicha norma.** Una vez más debemos señalar la gran inseguridad jurídica a la que nos enfrenta la nueva Ley Concursal.

Por otra parte, obviar dicha calificación del crédito del administrador en estos casos nos conduciría a abrir la puerta a un claro fraude de ley que podría instrumentarse a través de la frecuente connivencia entre administradores y acreedores, mediante la cual se permitiría a aquéllos mejorar su situación frente a lo taxativamente dispuesto por la ley en los artículos 92.5 y 93.2.2 LC.

Cuestión diferente es si se considera apropiada o no la política legislativa mediante la cual se ha determinado que la totalidad de los créditos de los administradores contra la sociedad concursada sean calificados como subordinados, sin importar origen o causa. No obstante, asumida ya la decisión legislativa al respecto, consideramos que la solución que de ella se deriva en forma directa no puede ser otra que la de calificar los créditos surgidos a favor de los administradores como consecuencia de la acción del artículo 265.5 LSA, como subordinados⁴⁷.

Lo que no podemos dejar de destacar, llegados a este punto, es el claro inconveniente que esta calificación supone en cuanto a la confección de la lista de acreedores.

A nuestro entender, podrían darse tres supuestos diferentes:

1. Que exista sentencia condenatoria firme contra los administradores habiendo éstos abonado parcialmente el crédito del acreedor social y debiendo éste solicitar el reconocimiento del resto de su crédito de acuerdo con la interpretación antes expuesta de los artículos 87.7 y 160 LC.

En estos casos, el crédito del acreedor conservará su calificación, y el del administrador, en la parte que haya abonado en virtud de la acción del 262.5 LSA,

⁴⁷ Esto también es puesto en evidencia por MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: *op. cit.*, p. 1360.

se calificará como subordinado, lo que no alterará los derechos de quórum y mayorías, ya que los titulares de créditos subordinados, de conformidad al artículo 122 LC, no tendrán derecho de voto en la Junta de acreedores.

2. Que se haya instado la acción del 262.5 por parte del acreedor social sin que aún haya recaído sentencia o que ésta aún no haya sido ejecutada, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 87.6 LC.

Si se aplicara a esta situación el tenor literal del mencionado artículo, el crédito del acreedor y el que corresponda a los administradores no afectarán el quórum y mayorías, ya que, en todo caso, se incorporarán al concurso como subordinados.

Si, por el contrario, se aplicara el criterio jurisprudencial al que hemos hecho referencia con respecto a la fianza, creemos que, por vía de interpretación analógica, debería aplicarse lo dispuesto en el **artículo 87.1 LC para los créditos sometidos a condición resolutoria**, que, expresamente, dispone:

«Los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores.»

3. Finalmente, el último aspecto a considerar se daría en caso de que, en el momento en que se elabore la lista de acreedores, el acreedor social no haya instado aún la acción del 262.5 LSA, por lo que éste solicitará el reconocimiento de su crédito con la calificación que le corresponda. Si con posterioridad a ese momento, el acreedor instara la acción del 262.5 LSA y los administradores resultaran condenados al pago de las deudas sociales haciéndose efectiva dicha condena, de nuevo, por vía de analogía, debería aplicarse, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 87.1 LC para los créditos sometidos a condición resolutoria.

III. CONCLUSIONES

Los argumentos, tanto propios como de otros autores que hemos analizado en el presente trabajo, así como la doctrina jurisprudencial vigente a la fecha, nos permiten alcanzar las siguientes conclusiones:

1. El juez del concurso tendrá competencia exclusiva y excluyente para entender de las acciones de responsabilidad que se insten contra administradores so-

ciales, auditores o liquidadores, cuando éstas se sustentan en perjuicios causados por aquéllos durante el concurso.

2. Asimismo, el juez del concurso será competente, aunque no en forma exclusiva y excluyente, para entender de las acciones sociales de responsabilidad instadas con posterioridad a la declaración del concurso, contra los administradores, auditores o liquidadores, por perjuicios ocasionados por éstos con anterioridad al concurso.

3. Las acciones sociales de responsabilidad instadas con anterioridad al concurso, así como las acciones individuales y las de responsabilidad por deudas sociales al amparo de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL, deberán tramitarse ante el juez de lo Mercantil que por turno corresponda y que será, en principio, distinto del juez del concurso.

4. La acción individual de responsabilidad es autónoma respecto de cualquier otra acción de responsabilidad dirigida contra los administradores de la persona jurídica concursada, no ostentando los administradores condenados en su virtud derecho de repetición contra la sociedad concursada por los importes abonados en ese concepto.

5. En principio, sostenemos que para el caso de que, ejercitada una acción de responsabilidad contra los administradores sociales en los términos del artículo 262.5 LSA, ésta sea desestimada por el juez ajeno al concurso, el juez del concurso no estará condicionado por ello al momento de dictar sentencia en los términos del artículo 172.3 LC.

6. Los acreedores que hayan ejercitado la acción del 262.5 LSA y hayan obtenido de los administradores de la sociedad concursada el pago parcial de sus créditos podrán solicitar en el concurso el reconocimiento del resto de sus créditos que han resultado impagados, manteniendo, en este caso, la calificación originaria de los mismos.

7. Dado que la responsabilidad de los administradores, en virtud del artículo 262.5 LSA, requiere la aplicación de las normas de la fianza, en caso de que, en el momento de la formulación de la lista de acreedores, éstos hayan instado la referida acción de responsabilidad sin haber obtenido aún sentencia condenatoria o habiéndola obtenido no hayan aún podido ejecutarla contra los administradores, deberán ver reconocido su crédito como subordinado en los términos del artículo 87.6 LC, constituyendo este extremo un profundo error de política legislativa. Ello podría salvarse en caso de que la jurisprudencia determine la aplicabilidad, frente a estos casos, de la doctrina que ha venido desarrollando respecto de la fianza y, en este caso, deberá aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 87.1 LC con respecto a los créditos sujetos a condición resolutoria, dado que, de otro modo,

no vemos cómo puede darse una solución a la alteración de la lista de acreedores por cambio en la calificación de los créditos.

8. Los administradores que hayan hecho frente a las deudas sociales, en los términos del artículo 262.5 LSA, podrán repetir el pago contra la sociedad, pero su crédito, en todo caso, deberá ser calificado como subordinado.

9. Para el caso de que los acreedores sociales, en el momento de la formulación de la lista de acreedores, no hayan instado la acción de responsabilidad del artículo 262.5 LSA, ejercitándola con posterioridad y obteniendo, como consecuencia, el pago total o parcial de su crédito, deberá procederse, análogamente, a la aplicación, en lo pertinente, de la norma prevista en el artículo 87.1 LC para el supuesto de créditos sometidos a condición resolutoria, calificándose a continuación como subordinados los créditos de los administradores.

Lamentablemente, algunas de las conclusiones que hemos señalado (como por ejemplo la incorporación al concurso del crédito del acreedor como subordinado) distan mucho de las que hubiéramos deseado ver reflejadas en la ley. Sin embargo, efectuando un análisis coherente de la normativa aplicable en cada caso, no podemos alcanzar conclusiones más favorables y, en definitiva, sólo podemos señalar las incongruencias que vemos en las normas y el deficiente tratamiento que se ha dado a una problemática tan trascendente como la que hemos analizado.

Por nuestra parte, sólo nos resta esperar a ver cómo la doctrina y la jurisprudencia pueden ofrecer alguna respuesta, respetuosa del ordenamiento jurídico en general, que otorgue una solución viable a los graves inconvenientes que observamos en la redacción de la nueva Ley Concursal.