



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: *Derecho.*
Facultad de Derecho.
Universidad de La Laguna.
Curso 2017/2018.
Convocatoria: *Junio.*

**LA COMPLICIDAD DEL SOCIO
DENTRO DEL CONCURSO CALIFICADO COMO CULPABLE**

*The complicity of the partner, as a society member,
within the Insolvency Proceeding contest declared guilty*

Realizado por el alumno *D. José María López Diego.*

Tutorizado por el Profesor *D. José Luis Sánchez-Parodi Pascua.*

Departamento: *Dcho. Público y Privado Especial y Dcho. de la Empresa.*

Área de conocimiento: *Mercantil.*

ABSTRACT

The Spanish “Concursal” Law considers certain persons to be accomplices. We’re going to focus on studying this complicity attributed to the owner/partner of the competed company. The diverse types of partners are a must to be distinguished and how they take advantage of their position inside the company, as well as their nearness with the debtor, to define their cooperation and, at last, their complicity.

For it, we will assess if this complicity mentioned must to become aware well for his condition of partner, well for being a simple third that cooperates with the debtor for the attainment of the illicit one chased by the alluded Spanish “Concursal” Law and to determine, in its case, if his responsibility must be treated autonomously or like an incidental form with the principal responsibility of the main author.

RESUMEN

La Ley Concursal considera cómplices a determinadas personas. Nos vamos a centrar en estudiar dicha complicidad atribuida al socio de la empresa concursada. Debe distinguirse los diferentes tipos de socios y cómo éstos aprovechan su posición dentro de la empresa, así como su cercanía con el deudor, para definir su cooperación y a la postre su complicidad.

Por ello, valoraremos *in fine* si dicha complicidad se ha de advertir bien por su condición de socio, bien por ser un simple tercero que coopera con el deudor para la consecución del ilícito perseguido por la mentada Ley Concursal y determinar, en su caso, si su responsabilidad debe ser tratada de manera autónoma o de forma accesoria a la responsabilidad principal del autor.

Cómplices.

Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Artículo 166 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC	Administración Concursal.
AP	Audiencia Provincial.
Art/Arts.	Artículo/ Artículos.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CP	Código Penal.
LC	Ley Concursal.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
OJ	Ordenamiento Jurídico.
PJ	Persona jurídica.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.

ÍNDICE

I. Introducción.....	1.
II. Causas de culpabilidad.....	5.
1. El concurso culpable.....	6.
2. Presunciones de culpabilidad.....	12.
3. Presupuestos de la complicidad.....	14.
III. Temporalidad de la responsabilidad.....	19.
IV. Autonomía de la responsabilidad del cómplice.....	24.
V. Graduación del socio.....	27.
VI. Derechos y obligaciones del socio.....	31.
VII. Efectos de la declaración de complicidad.....	33.
1. Según la posición del cómplice.....	35.
1.1. Sujeto acreedor.....	36.
1.2. Sujeto no acreedor.....	37.
VII. Conclusiones.....	38.
VIII.. Bibliografía – Jurisprudencia – Legislación.	

I. INTRODUCCIÓN

La tónica general va a ser la de analizar la figura del cómplice, lógicamente, dentro de la calificación del concurso como culpable. Si bien es cierto que disponemos de varias sentencias que hablan de la complicidad, no es menos cierto que aún quedan algunos aspectos que están pendientes de analizar y enfrentar. Aquí, además, vamos a tratar de individualizar en la figura del socio de la propia concursada esa posible complicidad que éste pueda llevar a cabo porque no se puede obviar que, tras darse los diferentes presupuestos que la Ley Concursal (LC) impone para que una persona sea considerada cómplice, el socio se vale de una posición indiscutiblemente privilegiada para incurrir como tal, ya sea por su propia condición de socio (mayoritario o no), como por su cercanía con la persona o personas afectadas por el concurso.

Es sabido que una misma persona, no puede ser considerada cómplice y a la vez autora de un mismo hecho, por lo que ya podemos advertir como la frontera entre el cómplice y el autor, en nuestro caso, no siempre va a ser tan clara como si de un administrador y de un tercero ajeno a la sociedad se tratara. Motivo por el cual, su responsabilidad, siempre va a ser por daños y perjuicios, nunca va a ser una responsabilidad concursal en sí misma.

Antes de comenzar, debemos incluir la apreciación que no es precisamente en la actualidad más reciente cuando se ha venido a configurar la figura del cómplice dentro del procedimiento concursal o, como se ha venido llamando hasta hace algunos años, dentro de los supuestos de *quiebra*. Si bien la complicidad no era contenida más que para los casos de *quiebra fraudulenta*, y así el art.893 CCom de 1885¹ daba cuentas de ello.

¹: **Art.893 CCom de 1885**: Será considerados **cómplices** de las quiebras fraudulentas: **1.** *Los que auxilien el **alzamiento** de bienes del quebrado.* **2.** *Los que, habiéndose confabulado con el quebrado para suponer **créditos** contra él o aumentar el valor de los que efectivamente tengan contra sus valores o bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos o en cualquier junta de acreedores de la quiebra.* **3.** *Los que, para **anteponerse** en la graduación en perjuicio de otros acreedores, y de acuerdo con el quebrado, alteraren la naturaleza o fecha del crédito, aun cuando esto se verifique antes de hacerse la declaración de quiebra.* **4.** *Los que deliberadamente y después que el quebrado cesó en sus pagos, le auxiliaren para **ocultar o sustraer** alguna parte de sus bienes o créditos.* **5.** *Los que, siendo tenedores de alguna **pertenencia** del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el Juez o Tribunal que de ello conozca la entregaren a aquél y no a los administradores legítimos de la masa a menos que, siendo de nación o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra.* **6.** *Los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que de la **pertenencia** del quebrado existieren en su poder.* **7.** *Los que, después de publicada la declaración de la quiebra admitieren endosos del quebrado.* **8.** *Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado **convenios particulares y secretos.*** **9.** *Los Agentes mediadores que intervengan en operaciones de **tráfico o giro** que hiciere el comerciante declarado en quiebra.*

En dicho artículo, pese a no decirlo expresamente, se señalaban supuestos de encubrimiento y supuestos de complicidad propiamente entendidos como tales (*art.893 2º, 3º y 8º CCom*). Luego, hasta la *reforma de 2003*, para que se pudiera considerar cómplice a una persona, debía haber una quiebra calificada como fraudulenta y, además, darse una de las situaciones dispuestas en ese *art.893 CCom*. Hablábamos de un *numerus clausus*².

Actualmente, se abandona la técnica jurídica anterior y se ofrece una cláusula general de complicidad³. Observando la disposición que contiene la figura del cómplice, *art.166 LC*, establece que: “*se considerarán cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable*”. Y, como se ha apuntado, vamos a analizarlo caracterizando a “*las personas*” que señala el artículo en la figura del *socio* de la concursada. Aunque, claro está, cómplices van a poder serlo una innumerable cantidad de sujetos derivados de la cooperación señalada (*v.gr.*: abogados, meros terceros destinatarios de los bienes alzados, asesores, familiares, ...) pero los que *nunca* van a poder serlo son el propio deudor, administrador o liquidador en caso de persona jurídica, ya sean de hecho o de derecho, o apoderados generales porque a éstos se les denomina “*personas que pueden ser afectadas por la calificación del concurso*” llegado el momento de apertura de dicha sección⁴.

Tras la lectura del precepto podemos señalar unos *presupuestos* que deben darse para ser considerado culpable. En primer lugar se ha de actuar con *dolo o culpa grave*, es decir, debe haber una intencionalidad y un conocimiento del daño que se produce o pueda producirse sobre la masa activa de la sociedad. Esto sólo va a poder llevarse a cabo en casos de *cooperación* con una (o varias) de las personas afectadas por la calificación del concurso o, en su caso, también con otros cómplices. Todo ello mediante la realización

² Prendes Carril, P en “*La Calificación del Concurso*” de PONS ALBENTOSA, L (Dir.), *Practicum Concursal*. Editorial: Thomson Reuters. (Cizur Menor, Navarra, 2017). Pág. 727. Y, en el mismo sentido, Cecilia Rosende Villar en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.588.

³ Cecilia Rosende Villar en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.587 y 588.

⁴ Prendes Carril, P en “*La Calificación del Concurso*” en PONS ALBENTOSA, L (Dir.), *Practicum Concursal*. Editorial: Thomson Reuters. (Cizur Menor, Navarra, 2017).

de *cualquier acto* (hecho indeterminado) que haya *fundado la calificación del concurso como culpable* por lo que **no cabe** la complicidad en un *concurso fortuito*. Es decir, que son terceros que, por medio de cualquier acto, cooperan con el deudor o asimilado⁵.

Aclarados los presupuestos del art.166 LC deben analizarse los supuestos en los que el concurso será calificado como culpable y, en consecuencia, las presunciones de culpabilidad. Debe examinarse al mismo tiempo si existe la posibilidad de contener en los mismos la cooperación, determinando así la figura del cómplice. Todo ello sin olvidar que cómplice puede serlo bien la *persona física* como la *jurídica*⁶.

Por lo tanto, hay que hacer un estudio de los *tipos de socios* que podemos encontrar en una sociedad (distinción que probablemente delimite esa frontera que los declare cómplices o autores si actúan finalmente como administradores); las *conductas* que puede o debe llevar a cabo el socio, donde se tratarán sus derechos y obligaciones haciendo una especial mención sobre el *deber de fidelidad* del socio; la *accesoriedad* de dicha responsabilidad a la del deudor, así como la *temporalidad* de la responsabilidad del cómplice; y, finalmente, los *efectos* de la declaración de complicidad.

Es preciso incidir en una puntualización a los efectos de no llevarnos al equívoco de confundir la complicidad mercantil, en nuestro caso concursal, con la complicidad penal⁷. Se debe tener conciencia desde este mismo instante que estamos abordando materia mercantil y no penal. Internalizar esta particularidad reviste un carácter de suma importancia porque las consecuencias ni de lejos guardan similitud alguna más allá de que en ambas jurisdicciones el cómplice no es considerado autor propiamente. Pero en cuanto a las consecuencias de sus actos, en caso de complicidad penal, se trata de un modo mucho más gravoso que en el entorno mercantil. Discusión a parte de lo acertada que sean esas consecuencias para cada una de sus versiones, tanto en la penal como en la mercantil y que bien seguro daría para un nuevo trabajo sobre dicha discusión, adelantando ya una opinión personal al respecto, parece que las consecuencias mercantiles son un tanto laxas al responder solo por los daños y perjuicios y no incluir una inhabilitación del cómplice societario para no poder siquiera administrar una

⁵ FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A., en “*Proceso Concursal Práctico, comentario a la nueva ley concursal*”. Editorial: Iurgium. (Fuenlabrada, 2004). Pág.760.

⁶ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.591.

⁷ Art.63 CP: Son cómplices los que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. La pena, por regla general, será la percibida por el autor inferior en un grado.

sociedad durante algún tiempo, a estipular, como así se dispone para los administradores y liquidadores responsables de la calificación del concurso como culpable (art.172 LC). Por otro lado, la complicidad penal es totalmente accesoria a la principal y una de las discusiones que aquí vamos a analizar es ese mismo carácter en el ámbito mercantil y que, de momento, no podemos adelantar la postura que deba mantenerse sobre la misma. Sí se puede poner el ejemplo de la *SAP Zaragoza de 15 de 2008*⁸ en la que, tras rechazarse “*una interpretación del concepto de complicidad concursal asimilándolo sin más al concepto penal, -dice- por lo que sólo con especial cuidado y gran atención será lícito trasladar el concepto de complicidad penal a este campo mercantil del concurso, pues la doctrina pone de relieve que el concepto de complicidad concursal es claramente más amplio que el penal...*”.

Se puede observar de un modo suficientemente gráfico con el ejemplo del encubrimiento. Si nos ceñimos a la figura de la complicidad penal, quedarían excluidos del mismo supuestos calificados como encubrimiento (*v.gr.* el número 4 del antiguo art.893 CCom) por el hecho de consistir en *actos posteriores* a la ejecución del hecho sancionado⁹.

Dicho esto, debemos olvidar desde este punto introductorio la mentalidad penalista con respecto de la complicidad o, al menos, ser muy cautelosos al respecto.

Los supuestos que a día de hoy se han tratado acerca del socio como cómplice, por lo general, no se le atribuye por ser socio, es decir, no se le considera cómplice porque realice actos por su condición de socio sino como tercero. Lo que se pretende es ir un poco más allá y comprobar si el socio, por ser socio, puede llegar a convertirse en cómplice cuando realice actos vinculados a su condición dentro de la sociedad.

Así, lejos de resolver algunos aspectos que están todavía sin tratar, quizás por su poca casuística aun a día de hoy y que motiva la falta de jurisprudencia al respecto, lo que se pretende en el presente trabajo es poder dejar una visión general del tema y aportar unos conocimientos sobre la materia a ver para que permitan opinar, cuanto menos fundamentadamente en Derecho, sobre cómo afrontar estas controversias cuando se den los presupuestos de hecho que vamos a describir. Entre ellos se analizará qué sucede con los

⁸ ARANZADI. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª). *Sentencia núm.447/2008 de 15 julio*. AC 2009\129.

⁹ Rosende Villar, C. en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.593.

casos de complicidad cuando no exista ya una responsabilidad directa del deudor, como en los casos del transcurso de los dos años que señala el art.164.1 LC o por fallecimiento de éste, entre otros. Esto nos llevará indiscutiblemente al análisis de la propia responsabilidad del cómplice y concretar si es accesorio a la del deudor y, por ende, discutir sobre si debe extinguirse junto con esa responsabilidad principal y concursal o, *sensu contrario*, si esa responsabilidad por complicidad reviste un carácter propio, individualizada e individual del sujeto causante, tratando dicha accesoriedad como una mera formalidad para su nacimiento y, una vez configurada, ser considerada posteriormente como una responsabilidad de carácter independiente del propio cómplice.

II. CAUSAS DE CULPABILIDAD

Como se ha adelantado, para poder abarcar el núcleo central del trabajo, primero deben ser tratadas las causas que tipifican el concurso como culpable y relacionar la posibilidad de encuadrar en ellas la posible complicidad del socio. Debe recordarse que para poder llegar a ser considerado cómplice, el concurso debe ser tachado de culpable. Es por ello por lo que debemos situarnos como punto de partida en el *Título VI, de la calificación del concurso*, art.163 y ss. de la LC.

Las causas de culpabilidad llevan a calificar el concurso como culpable. Dicha calificación no es más que una operación del procedimiento encarada a sancionar civilmente (sólo hasta el punto en que se declare legalmente su independencia de las actuaciones penales que procedan por los actos del deudor y que pudieran ser constitutivos de delito) las conductas del deudor. Entenderemos el concepto deudor en su más amplio sentido según las personas que describe el art.164.1 LC -deudor, representantes, administradores, liquidadores y, en su caso, socios- y que, a partir de ahora, si no se dice señala lo contrario, interpretaremos de este modo extendido.

Por ello, la calificación no se va a producir en todos los concursos, nacerá solamente en función de la solución que se pretenda adoptar. Así, la calificación, sólo se abre en fase de liquidación y no se llegará a la misma en caso de finalizar con un convenio,

a menos que se pacte una quita superior a un tercio de los créditos y una espera superior a tres años.¹⁰

El primer artículo de ese título, el art.163 LC, ya advierte que el concurso puede ser calificado de dos maneras: *fortuito* o *culpable*. Se deshecha, por consiguiente, la anterior tercera posibilidad: la calificación del concurso como *fraudulento*.

Interesan los casos en los que el concurso va a ser calificado como culpable, por lo tanto, ha de analizarse para ello el art.164 LC, punto a punto, donde debe distinguirse la figura de la presunción *iuris tantum* en su primer apartado y la presunción *iuris et de iure* que se establece para casos comprendidos en el apartado segundo¹¹. Ya sabemos que ello es derivado de aplicar el *criterio de la facilidad probatoria*, esto es, según cómo funcionen las presunciones que permiten acreditar el supuesto de culpabilidad de que se trate, ya como “presunciones de concurso culpable”, ya como “presunciones de culpabilidad del concurso”¹².

1. Concurso culpable

Deberíamos empezar, por lo tanto, con el art.164.1 LC pero será tratado en el siguiente punto debido a que, aparte de que ha de relacionarse con el artículo siguiente, para mayor entendimiento del conjunto me parece idóneo tratar la presunción *iuris tantum* intrínseca del precepto primero en un punto independiente para otorgarle el protagonismo que merece. Ahora, hay que señalar solamente que uno de los motivos por los que cabe la calificación del concurso como culpable es cuando el deudor, sus representantes o, en caso de ser persona jurídica, los administradores, liquidadores o socios, mediando *dolo o culpa grave generen o agraven* el estado de insolvencia.

Situados entonces en el apartado segundo del art.164 LC, se observa cómo se establece una presunción *iuris et de iure* y se determinan unos supuestos. Conviene señalar primeramente que, esos supuestos, deben ser *probados* y, sólo en el caso de que así sea, entrará en juego dicha presunción. Evidentemente serán hechos de especial

¹⁰ BELEN CAMPUZANO, A en “*Esquemas de Derecho Concursal*”, Tomo XXI, 8ª Edición. Editorial: Tirant lo Blanch. (Valencia, 2015). Pág.224.

¹¹ Yanes Yanes, P. en “*El Concurso de Acreedores*”, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). Editorial: La Ley, Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2012). Pág.534.

¹² GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J.A., “*La calificación del concurso*”. Editorial: Thomson, Aranzadi. (Cizur Menor, 2004). Págs.35 y 58.

gravedad e implican, de modo necesario, la calificación del concurso como culpable. Dicho esto, contemplamos uno a uno los supuestos para distinguir en cuáles podremos encontrar la figura del cómplice comprendida:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

Poco que decir en este primer supuesto debido a que es una responsabilidad que incide solamente en la figura del deudor. Se podría dar una vuelta de tuerca al supuesto y, apoyándonos en lo indeterminado del art.166 LC cuando establece eso de “*cualquier acto*”, imaginar el caso del socio que “asesore” en cómo incumplir el deber contable pero, a parte de la *difícil prueba* sobre ello, no merece mayor detenimiento más allá de la obviedad de las circunstancias que rodearían dicho asunto y de la complicada asimilación del término asesorar al de cooperar.. Además, sería tratado cómplice, en su caso, como un mero tercero, no por su condición de socio. Aun así, debe entenderse que la responsabilidad recae exclusivamente sobre el deudor por ser el que finalmente toma la decisión de incumplir con su obligación contable y no valorarlo como una cooperación *sensu stricto*.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

Remitimos a lo dicho en el primer supuesto y de igual manera hacemos con el tercero:

3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

El cuarto. Este supuesto sí tiene especial relevancia, al igual que el quinto que, pese a parecer similares, guardan una gran diferencia, a saber, en el cuarto del que ahora traemos causa, sí se ocasiona un perjuicio; para el caso del quinto supuesto, puede ser que no haya habido perjuicio finalmente pero basta con que el deudor actúe de mala fe. Los vemos:

4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

Queda claro que el deudor, con mala fe, se alza con la totalidad o parte de los bienes habidos en la sociedad ocasionando el perjuicio de sus acreedores o impidiendo el embargo para monetizar éstos en una ejecución, presente o futura. Siempre ha existido la necesidad de reprimir conductas de ocultación o desaparición de los bienes del *deudor* que solía acompañar la *fuga propter debita*. En base a ello, podemos afirmar que este supuesto se inscribe en esa orientación de política jurídica al tipificar este ilícito concursal¹³.

Es claro que este comportamiento puede llevarse a cabo de manera *autónoma* por el deudor o, en su caso, con una *cooperación* de un tercero siendo éste ajeno a la sociedad o, para el caso que nos interesa, con un socio de la misma. Ciertamente habrá que distinguir en cada situación si coopera como socio o como tercero en sentido estricto. Como socio pensemos que, por ejemplo, coopera con su voto en la decisión del alzamiento fraudulento y, no solo considerando su *participación activa*, sino también en *actuación pasiva* si no se opone a ello y así estar dentro de la casuística que nos atañe. Además, ya la doctrina civilista ha señalado que la mala fe del tercero puede proceder tanto de una *intención* o proposición de dañar como de un mero *conocimiento* del fraude acometido por el deudor¹⁴.

Esa posible cooperación desemboca en dos posibles situaciones de hecho que, ya en lo que interesa, pueden llevar al socio a ser considerado cómplice o bien responsable concursal en el caso de que este obrara, además de como socio, como administrador de hecho por tener control sobre la concursada. Para ello citamos *la STS de 29 de marzo de 2017*¹⁵ que trata a unos socios declarados cómplices por cooperar en el traspaso de activos a otra sociedad y recurre a dicha consideración. Lo interesante es que se convierten en cómplices por el hecho formal de ser socios de la concursada (además de serlo también de la sociedad de destino) y no simples terceros ajenos a la sociedad. Si bien, a lo largo de sentencia se argumenta esa complicidad en función, entre otras, al poder que tenían como socios de *oponerse* al traspaso fraudulento de activos. En los *ANTECEDENTES DE*

¹³ Yanes Yanes, P en “*El Concurso de Acreedores*”, PULGAR EZQUERRA, J (Dir.). Editorial: La Ley, Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2012). Pág.534.

¹⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, *Volumen II*, Editorial: Tecnos, Madrid, pág. 1769, citando a su vez a: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, 11ª Edición, 2002, pág. 234; LACRUZ Y OTROS, *Elementos del Derecho Civil*, 2ª Edición, 2003, pág. 246.

¹⁵ ARANZADI. *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Iª)*. Sentencia núm. 202/2017 de 29 marzo. RJ 2017\1323.

HECHO TERCERO, punto 3º razona con gran claridad y aludiendo primero a lo afirmado por la Audiencia Provincial (AP):

AP: “los recurrentes **eran socios** de la concursada y **no se opusieron** al traspaso de activos; además eran socios que constituyeron alguna de las dos sociedades propietarias de las sociedades rumanas – de destino a las que fueron a parar los activos; obtenían un beneficio indirecto con el traspaso de los activos;”

Y, seguidamente, dice el TS: “los tres recurrentes aunque **no intervinieran de forma activa**, no por ello dejaron de cooperar, conscientemente, en la **medida en que eran socios de la concursada** y habían participado en la constitución de alguna de las dos sociedades a las que indirectamente fueron a parar los activos. De este modo, junto al elemento objetivo, de la cooperación en el traspaso de los activos, concurre también el **elemento subjetivo**, pues cabe hablar *consciis fraudis* o *connivencia* con el concursado en esta conducta que ha merecido la calificación culpable.

Luego, tenemos un caso claro donde encuadrar al socio en una actividad cooperadora que merece la consideración de cómplice, no por ser un mero tercero (que también) sino por su condición de socio. Todo ello en conjunción de los propios presupuestos que establece el art.166 LC y como, a modo de ejemplo, se manifiesta entre otras la sentencia de la STS de 27 de enero de 2016¹⁶: “para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: **a)** Que el cómplice haya cooperado de manera **relevante** con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; **b)** La cooperación tiene que haberse realizado con **dolo** o **culpa grave**. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación”. Además, en esta misma línea lo comenta Adela del Olmo, directora de Sepín Mercantil¹⁷ haciendo especial hincapié en que no solo hablamos de actos *anteriores* al concurso sino que también pueden ser actos *posteriores* y que agravan la situación de insolvencia. Retomaremos esto en su apartado correspondiente.

Visto el caso del cuarto supuesto, hacemos lo propio con el siguiente, el quinto que, como se adelantaba, pese a tener similitudes en cuanto a la salida de patrimonio de la sociedad, guarda ciertas diferencias que se indican a continuación:

¹⁶ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm. 5/2016 de 27 enero*. RJ 2016\25.

¹⁷ DEL OLMO, A. en el artículo “*la actividad del cómplice no se limita solo a la anterior a la declaración de concurso*”. Editorial jurídica Sepín. (16 de febrero de 2016).
LINK: <https://blog.sepin.es/2016/02/complice-derecho-concursal/>

5.º Cuando durante los **dos años anteriores** a la fecha de la declaración de concurso hubieran **salido fraudulentamente** del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Debe iniciarse su análisis con las distinciones que se vienen sosteniendo. Aquí se habla, además, de un límite temporal: dos años. A pesar de dicho límite, el supuesto es ciertamente más gravoso que el anterior pues basta una salida fraudulenta, *no importando* que haya un resultado de *perjuicio* para con la sociedad. Ha de señalarse y así lo mantiene el TS, que hablamos de una mala fe del deudor, no del tercero¹⁸. La mala fe del tercero ya tiene su cabida dentro de los actos de rescisión en relación con el art.73 LC, donde si se aprecia mala fe de éste, se le condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa, a la vez de ver degradado su crédito.

Además, aquí sí debe *probarse el fraude*, no como en los supuestos de rescisión donde lo que debe ser probado es el perjuicio a la masa activa, pero con cautela porque como dice la STS de 22 abril de 2016¹⁹ “*no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener el deudor de ocasionar un perjuicio a los acreedores*”.

Tampoco debemos ser inducidos por el error del hecho de que por haber una rescisión, ello nos haga pensar en extrapolar la existencia de la rescisión a la mala fe del deudor y, por consiguiente, encuadrar dicho acto también en el art.165.2 5º LC, que ahora tratamos, si la sentencia *no se pronuncia* sobre ello o, máxime, si en la rescisión se ha probado que *no hubo mala fe* del propio deudor. Así lo establece también la citada STS de 22 abril de 2016 al resolver sobre el recurso interpuesto a tales efectos, debido a que la AP declaró el concurso como culpable por estos motivos y estimando el recurso interpuesto sobre tal decisión: “*En este caso, la sentencia recurrida aprecia la concurrencia de esta causa de culpabilidad con fundamento en los mismos hechos enjuiciados en el incidente incoado para la resolución de la acción de reintegración de la masa. Sin embargo, la sentencia firme recaída en dicho incidente, si bien dio lugar a la rescisión de las operaciones que se consideraron perjudiciales para la masa, no consideró que hubiera mala fe. Por lo tanto, en el mismo concurso no puede considerarse en dos resoluciones recaídas en secciones diferentes que en un mismo negocio jurídico no haya mala fe en su celebración y al mismo tiempo sea fraudulento*”. Lo deja claro, por tanto, el TS con el razonamiento que se acaba de citar. Por otro lado, si en la rescisión sí se aprecia la mala fe, procede entender el negocio como fraudulento y ocasionaría los efectos contrarios

¹⁸ Yanes Yanes, P en “*El Concurso de Acreedores*”, PULGAR EZQUERRA, J (Dir). Editorial: La Ley, Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2012). Pág.536.

¹⁹ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm. 269/2016 de 22 abril*. RJ 2016\2409.

pero siempre que en la rescisión haya pronunciamiento explícito sobre mala fe que, como mantiene la *profesora Lourdes V. Melero Bosch*²⁰, dicho pronunciamiento debería ser contenido *sólo* en el caso de que así lo requiera la parte actora, es decir, *sensu contrario*, no puede el juez entrar a valorar esa actuación de manera dispositiva.

Luego, podría darse perfectamente enajenaciones rescindidas (o con posibilidad de serlo) que no afecten a la calificación, lo que es demostrativo de que las ideas de *perjuicio* y *fraude* no son equivalentes²¹. Si bien todo fraude será lesivo pero no así en relación con la lesividad, no todo acto lesivo proviene de una actuación fraudulenta.

De este modo, puntualizado ya cuando hay una efectiva culpabilidad por parte del deudor, podemos enfatizar en la figura del cómplice que, en su caso, coopere con aquél. Para ello basta remitirnos a lo expuesto para el supuesto anterior y, establecida la culpabilidad del deudor, comprobar el nexo de causalidad para con la existencia de los presupuestos de la complicidad del ya citado art.166 LC, como se han expuesto en el caso cuarto.

Por lo tanto, nuevamente, tenemos un nuevo supuesto donde la conducta cooperativa del socio puede ser considerada de complicidad según lo dispuesto por la LC.

Y, finalmente, como último supuesto de calificación del concurso como culpable atendiendo a la presunción *iuris et de iure*, tenemos el sexto supuesto del art.164.2 LC:

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Llegados a este punto de análisis poco más queda que aportar que no se haya dicho ya, si bien podemos remitir, hilando fino, lo comentado en los tres primeros supuestos, pero parece obvio entender que la naturaleza del precepto y lo pretendido por el legislador es que en este supuesto solo se tenga en cuenta los actos del propio deudor y no tenga cabida la figura del socio, o tercero, cómplice.

²⁰ MELERO BOSCH, L. V. (ULL) en “*Comentarios y reseñas de jurisprudencia*”. Editorial RCP nº27 de 2017.

²¹ Yanes Yanes, P en “*El Concurso de Acreedores*”, PULGAR EZQUERRA, J (Dir.). Editorial: La Ley, Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2012). Pág.538.

2. Presunciones de culpabilidad

Como hemos adelantado en el punto anterior, revisamos ahora solamente los casos donde se establece una presunción *iuris tantum*. Por lo tanto, ya sabemos que cabe prueba en contrario. Es el caso del art.164.1 LC donde, además, queda ligado al art.165 LC:

*Art.164.1 LC: “El concurso se calificará como culpable cuando en la **generación o agravación** del estado de insolvencia hubiera mediado **dolo o culpa grave del deudor** o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los **dos años anteriores** a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.”*

Aquí se habla de los actos del deudor además, en su caso, de sus representantes legales y, siendo éste persona jurídica, de los administradores o liquidadores tanto de hecho como de derecho, apoderados generales que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores. No me voy a detener ahora en la temporalidad de la responsabilidad de éstos porque es tratada en otro punto del trabajo de forma particular; tampoco excesivamente en la mención directa que hace de los socios y que deriva en las actuaciones contenidas en el art.165.2 LC que analizamos con detalle a continuación y que reviste un hecho bien tipificado en la ley, motivo por el que no necesita un análisis exhaustivo como el que venimos realizando. Sí debe subrayarse que la mención expresa que hace a los socios no es en sí el objeto de este trabajo porque aquí, en este primer plano que adquiere el socio en el precepto, lo que se está describiendo son actuaciones de éste que le hacen ser responsable directo de la calificación del concurso como culpable y, por ello, no se define *per se* la figura de la complicidad sino la de persona afectada por el concurso.

Dicho esto, es necesario analizar el precepto en relación con el art.165.1 LC y, en su caso, con el art.165.2 LC para la figura propia del socio que ahora veremos.

Tras consultar jurisprudencia intentando hallar la figura del cómplice en relación con este artículo 164.1 LC no se ha encontrado nada. Y, analizando los casos de presunción de culpabilidad del art.165.1 LC entenderemos el motivo. Todos los casos descritos hacen referencia a comportamientos del deudor (a recordar: deudor propiamente dicho, sus representantes legales y, para la persona jurídica, sus administradores o liquidadores -de hecho o de derecho). Estos casos, a resumidas cuentas, refieren incumplimientos sobre el deber de solicitar el concurso, incumplimiento en el deber de

colaboración con el juez del concurso y otros incumplimientos relacionados con la llevanza de la contabilidad en caso de estar obligado a ello.

Parece entonces que en este primer apartado de los arts.164 y 165 LC no tenga cabida la figura del cómplice por estar enteramente dirigidos a obligaciones del deudor. Si es necesario subrayar que en el caso del art.165.1 3º LC, cuando refiere a las cuestiones que afectan a la llevanza de la contabilidad, pudiera parecer que el socio pueda tener algo que ver, pero se descarta esta afirmación por considerar que en caso de que el socio que interviniera en dicho supuesto, le afectaría por razón del asesoramiento contable más que por su condición de socio propiamente por lo que no es motivo de análisis en el presente trabajo al entender que se aparta de la naturaleza que venimos tratando enteramente.

Tampoco veo motivo para incorporar jurisprudencia que poca o ninguna luz va a arrojar sobre lo que verdaderamente nos interesa: supuestos donde el socio incurra en el art.166 LC por su propia condición de socio.

Si merece algo más de detenimiento el art.165.2 LC, al que también nos refiere el art.164.1 LC como afirmábamos:

“El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.”

Aunque *a priori* vamos a decir que no cabe la complicidad del socio, esta afirmación requiere cierta dosis de matización. Más adelante vamos a tratar los diferentes tipos de socios y se hablará de cómo esa diferenciación influye en la consideración de cómplice cuando el concurso se califique como culpable. Si bien podemos adelantar, a

grandes rasgos y para lo que ahora interesa, que encontramos dos tipos de socios: *mayoritarios* y *minoritarios*. Hecha esta distinción que no merece casi definición por lo comprensible que resultan ya sus adjetivos, cabe subrayar que el socio mayoritario que impide el convenio de capitalización de deuda con su voto o impide el nombramiento del auditor y como consecuencia no se depositan las cuentas, conlleva al nacimiento de una presunción *iuris tantum* sobre la creación o agravación del estado de insolvencia. Debería entonces, desmontar que, aun con dicho impedimento, no se causa ni agrava la situación de insolvencia. En definitiva y con la vista en lo que nos interesa, este socio dominante adquiere la condición de persona afectada por la calificación del concurso finalmente pero, como distinguimos, no sucede lo mismo en el caso del *socio minoritario*. Posicionemos al socio minoritario en el lugar que, desde de su posición, coopera con su voto en la no adopción. Ya no puede ser encuadrado en la autoría en la que incurriría el socio mayoritario sino que su responsabilidad debe ser desplazada a la interpretación de considerarlo cómplice pues, finalmente, necesaria o decisiva su participación, o no, se orquesta por actos principales de otro, quedando el socio minoritario relegado a una posición solamente de complicidad. Caso aparte el que fuere una cooperación de socios minoritarios que deriven, a la postre con su unión, en una condición similar a la que tendría un socio mayoritario.

Luego, como se ha expuesto, tiene una cabida la figura del cómplice, socio minoritario, cuando coopere del modo descrito. Siempre con la posibilidad de prueba en contrario por la naturaleza propia de la presunción *iuris tantum*..

Con esto finaliza este punto en el que se ha comprobado en qué supuestos vamos a poder encontrar uno o varios cómplices junto con la figura del propio autor. Partiendo de lo dicho, sabiendo dónde encuadrar al socio como cómplice, ponemos ahora especial atención en su propia figura y en los presupuestos que deben darse aunque ya se han tratado someramente a lo largo de estos dos últimos apartados indirectamente.

3. Presupuestos de la complicidad

En primer lugar, antes de valorar el art.166 LC encargado de tipificar la conducta del cómplice, es conveniente iniciar dicho apartado con una puntualización y, además,

porque no, con una *crítica* que parece conveniente resaltar²². Este artículo se encuentra dentro del título dedicado a la calificación del concurso, es decir, todavía no tenemos a un, o unos responsables formales, considerados personas afectadas por la calificación. Se están configurando los actos conducentes a ello. Con esto, lo que se quiere advertir, es que aun sin unos responsables claros, ya se está considerando a unos cómplices y, como decimos, aun sin tener definidos a aquéllos. Motivo este merecedor de cierta crítica porque bien podía el legislador haber ubicado la conducta merecedora de complicidad en otro lugar de la ley, posterior, tras haber señalado primeramente a los responsables y, con ello, personas afectadas por el concurso, para después señalar responsabilidades de quienes hubieran cooperado con éstos. Por ejemplo, a lo largo del art.172 LC.

Por otro lado, como señala Pedro Yanes Yanes²³ o Cecilia Rosende Villar²⁴ en el mismo sentido, no debemos confundir “*personas afectadas por la calificación*” con “*cómplices*”, por más que a ellos se refiera el propio art.172.1 apartado 1º LC juntamente con aquéllas. En el caso de las personas afectadas nos estamos refiriendo a deudor, administrador, liquidador o asimilados. Ahora bien, en torno a sus actos y sus consecuencias, en ocasiones, debe acarrear la declaración de complicidad concursal pues hay situaciones donde el ilícito del deudor se realice sólo por él o sólo por las personas afectadas por la calificación como que, por otro lado, sea imposible que por ellos mismos realicen dichos actos y debe comprenderse un ensanchamiento subjetivo del concurso culpable mediante la contemplación, a efectos de la extensión de la responsabilidad concursal, de otros sujetos que hayan podido colaborar. Y, también, antes de continuar con el art.166 LC, debemos entender que nada impide que la persona considerada cómplice pueda serlo una persona jurídica pues no existe ni impedimento ni es una consideración propia de la persona física²⁵.

Atendiendo ya al propio art.166 LC, nos dice lo siguiente:

*“Se consideran cómplices las personas que, con **dolo o culpa grave**, hubieran **cooperado** con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho*

²² SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L. en *docencia del curso 2016/17*, explicaciones en la clase del tercer año del Grado en Derecho, asignatura de Derecho Mercantil II. Universidad de la Laguna (ULL).

²³ Yanes Yanes, P en “*El concurso de acreedores*”. PULGAR EZQUERRA, J (Dir.). Editorial: Wolters Kluwer. (Las Rozas, Madrid, 2012). Pág.552.

²⁴ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.590.

²⁵ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.591.

como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de **cualquier acto** que haya **fundado** la calificación del concurso como culpable.”

Poco se ha profundizado sobre éstos, los cómplices. Por este motivo es que debemos hacer uso en mayor medida de la jurisprudencia. Si además nos damos a la casuística de este trabajo, acotamos casi hasta la nada las referencias que a ello podamos localizar. Una sentencia recurrente y de la que ya se ha hablado pero que para el caso que tratamos es idónea, es la *STS 5/2016, de 27 de enero*²⁶ (sentencia que incluso trae a colación en este mismo apartado el *Manual de Derecho Mercantil de Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz*²⁷) donde el Tribunal alega lo siguiente:

“para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse **dos requisitos**: a) Que el cómplice haya **cooperado** de manera **relevante** con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los **actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable**; b) La cooperación tiene que haberse realizado con **dolo o culpa grave**. Según su propio sentido gramatical, **cooperar** significa **obrar juntamente** con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del **acto que haya fundado** la calificación culpable, y tal colaboración resulte **relevante** a los efectos de dicha calificación.”

Y en esa misma sentencia continúa con otra afirmación:

“La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC -“**cualquier acto**”- [...], no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción **ha de basarse en una actividad probatoria suficiente** y ha de **determinar una clara relación de causalidad** entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC . Y ello, porque la **actuación de los terceros** que pueden ser declarados cómplices debe estar **directamente relacionada** con la conducta o conductas que han **motivado la calificación** del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender **no sólo a dicha actuación**, sino que también **ha de constatar su voluntariedad**, esto es, que haya *consilium fraudis* o **ánimo** de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o **connivencia** con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.”

Por consiguiente, es claro que deben darse todos los presupuestos pero, además, deben ser probados. Debe establecerse una directa relación de causalidad entre los concretos actos conducentes a la calificación del concurso como culpable (precisaremos

²⁶ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm. 5/2016 de 27 enero*. RJ 2016\25.

²⁷ BROSETA PONT, M en “*Manual de Derecho Mercantil*”, 23ª Edición. Editorial: Tecnos. (2016).

esto porque, como señala el TS en la *STS de 27 de enero de 2016*²⁸ y la actual LC²⁹, puede ser reconducida dicha afirmación tanto a la generación, como a la agravación del concurso también) con los actos propios del cómplice para su consecución. Además, motivo del que ha traído causa el análisis de los primeros apartados de este punto, los actos del autor/deudor con los que se coopere deben fundamentarse en los descritos por los arts. 164 y 165 LC y así lo declara la LC y el propio TS.

No en vano establece el art. 166 LC que debe tratarse de una conducta voluntaria, *consilium fraudis*, y constitutiva de dolo y culpa grave, excluyendo así la culpa leve de ser tipificada como causa de complicidad, es decir, hablamos de una falta de diligencia elemental³⁰. También debe tenerse en cuenta que la figura del cómplice no requiere *per se* un específico *ánimo de lucro*³¹. Si bien no es descartable, evidentemente. Queremos decir que solo con el *conocimiento* del perjuicio que se va a ocasionar, pese a no obtener un beneficio propio, se incurre del mismo modo en un acto de complicidad concursal. En este mismo sentido se afirmó, por el Consejo de Estado, en el informe relativo al Anteproyecto de Ley Concursal que la consideración de cómplice “vendrá determinada, *con toda probabilidad*, por la búsqueda de ventajas o beneficios propios en perjuicio de los afectados por la situación concursal”³².

Sí es cierto que para darse la complicidad, en primer lugar, debe ser probada la conducta pero aquélla puede ser el producto de *cualquier acto*, afirmación indeterminada y, como puede advertirse fácilmente, se deja la puerta abierta a la casuística del caso, pues parece harto complicado introducir un *numerus clausus* para las conductas que pueda llevar a cabo el cómplice.

²⁸ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 5/2016 de 27 enero. RJ 2016\25.

²⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Volumen II. Editorial: Tecnos. (Madrid, 2004). Pág. 1768.

³⁰ Como así afirma en el *TFG de 9 de enero de 2017* la alumna GALINDO CARASUSÁN, S. de la Universidad Pública de Navarra en relación con Prendes Carril, P en “La Calificación del Concurso” en PONS ALBENTOSA, L (Dir.) en “*Practicum Concursal*”. Editorial: Thomson Reuters. (Cizur Menor, Navarra, 2017). Pág. 727.

³¹ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág. 591.

³² Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág. 591 persona.

Así, en la *STS de 27 de enero de 2016*³³, se prueba la negligencia grave del cómplice al recibir una mercancía de la empresa concursada sin contraprestación y facturando la misma en beneficio propio.

Por otro lado, no debe haber pasado desapercibido que el art.166 LC utiliza la expresión “*cualquier acto que -además- **haya fundado** la calificación del concurso como culpable*”. Hay que ser cuidadoso con esta afirmación porque se podría pensar que debe ser una cooperación anterior a la declaración del concurso y no tenga cabida la cooperación que *no haya generado* la motivación la calificación del concurso como culpable, sino que únicamente haya *agravado* el estado de insolvencia ya generado anteriormente y, así, escapar del ilícito descrito en el art.166 LC. Nada más lejos de la realidad. En la *STS de 27 de enero de 2016*⁹, uno de los motivos que utiliza la recurrente considerada cómplice, es que ella no generó la insolvencia dado que la cooperación no se estaba llevando a cabo antes de la declaración del concurso y como bien argumenta el TS y en una correcta interpretación de la ley resuelve que “*lo pretendido por las recurrentes tendría sentido si la culpabilidad únicamente pudiera estar vinculada a la generación de la insolvencia; pero no lo tiene desde el mismo momento en que el **art.164.1 LC** también **liga la culpabilidad** a la **agravación** de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia*”. Por lo tanto, queda transparente dicha aclaración que atañe al presupuesto de la cooperación con actos que hayan fundado la calificación del concurso, así, actos *anteriores* o *posteriores*.

Y, por último, en otro orden de cosas tenemos que, el art.166 LC, *no limita* la actuación del cómplice a ningún *periodo temporal*. Y como es un dato importante, debe ser tratado en un punto diferente con el protagonismo que merece pero, por estar estrechamente vinculado a los presupuestos de la complicidad, era necesario hacerle mención en este punto para que no se piense que ha pasado inadvertido llegados a este punto. Hablamos de ello a continuación.

³³ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm. 5/2016 de 27 enero*. RJ 2016\25.

III. TEMPORALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD

Pese a lo genérico del título, hemos de dejar claro que, superado seguramente el más farragoso segundo apartado, *CAUSAS DE CULPABILIDAD*, pero sí necesario para poder delimitar en qué casos cabe la figura del cómplice e introducimos en materia, ahora vamos a acotar cada punto al tema nuclear del trabajo, el socio culpable. Esto quiere decir que no vamos a referirnos al deudor en exceso como sí se ha venido haciendo hasta ahora, solamente cuando sea necesario. Esto, llevado a nuestro provecho, supone que hablemos de manera exclusiva de la temporalidad a tener en cuenta para que *el socio* pueda ser considerado cómplice. Y supone que, tanto lo indicado en esta parte del trabajo como en la siguiente, *AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓMPLICE*, seguramente sean los puntos que susciten mayores controversias subjetivas y, en consecuencia, un mayor interés así como un mayor trabajo interpretativo.

Es evidente, y nada hace pensar lo contrario, que no existe limitación temporal concreta a la luz del art.166 LC. Que la cooperación del cómplice, como se ha anticipado, no debe ni tiene porque ser anterior a la declaración del concurso como tampoco han de serlo sus actos para que se fundamente su culpabilidad. Ya lo adelantábamos en el punto anterior, así lo interpreta el TS y así parece razonable entenderlo. El tenor literal del art.166 LC especifica que se establece la consideración de cómplice a la persona que por cualquier acto haya fundado la calificación del concurso como culpable y podría hacernos pensar que la expresión “*haya fundado*” remita a actos anteriores y, por lo tanto, interpretar de manera errónea cuándo se produce o puede producirse el nacimiento de la complicidad. Luego, no habla del concurso propiamente sino de su *calificación*.

No debe perderse de vista la accesoriedad, en el nacimiento, de la complicidad. Esto es, para que se produzca, debe estar supeditada a unos actos realizados por un principal, pues no hay cabida para una cooperación sin un acto considerado determinante para la calificación del concurso como culpable. Ahora bien, debemos tener presente y así se define en el art.164.1 LC que un concurso puede ser calificado culpable por actos que fomenten una *generación o una agravación* del estado de insolvencia. Actos que deben ser llevados a cabo por el deudor (o los sujetos establecidos en caso de una persona jurídica) y a los cuales el art.166 LC remite la cooperación del cómplice. Puede suceder entonces que, iniciado el concurso pero no calificado todavía, se aprecie en ellos el *consilium fraudis*.

No podría ser que aparezcan una vez calificado el concurso porque la sentencia de calificación es la que debe contener ya a los responsables, autores y cómplices, por lo que cuando se inicie la sección de calificación deben estar los actos realizados o realizándose para poder ser contenidos, todos, en la sentencia de calificación donde, además de determinar a éstos, deberá precisarse el alcance de su responsabilidad.

Dejando claro entonces que el nacimiento del cómplice puede deberse a momentos anteriores y posteriores a la declaración de concurso en sí, continuamos con otro aspecto donde la temporalidad debe ser interpretada en ocasión de la figura del cómplice. Y si no hay lugar para la duda sobre lo expuesto, es precisamente ahora que toda clarividencia se disipa porque se ha de valorar un supuesto donde poca luz hay todavía. Supuesto que también nos hará plantear cuán accesoria es la responsabilidad del cómplice y que será tratada de manera independiente en el siguiente punto.

Tenemos que enfrentarnos a resolver el caso en que la cooperación del socio cómplice con el deudor se dé cuando éste se encuentre fuera del periodo de los dos años que señala, por un lado, el art.164.1 LC, donde limita temporalmente a los dos años respecto de quienes tuvieran condición de apoderado general, administrador (de hecho de derecho) o liquidador (el socio queda fuera de esa precisión y remite su comportamiento al art.165.2 LC pero se aleja para el caso de ser considerado cómplice a excepción de lo ya comentado en puntos anteriores); y, por otro lado, el art.164.2 5º LC para el caso de haber sacado fraudulentamente de su patrimonio bienes o derechos. Está la temporalidad también de los tres años del art.165.1 3º LC pero que no nos afecta en lo que a nuestro propósito presente se refiere..

Estos serían unos casos, otro sería cuando el deudor, por el motivo que fuera, no pueda ser responsable (pensemos, por ejemplo, que haya fallecido) aunque esto, como no trae causa de la temporalidad de este punto, lo trataremos de manera autónoma en el siguiente punto del trabajo.

Veamos primero la situación respecto del art.164.1 LC y para lo que nos vamos a valer de la jurisprudencia sentada por el TS en la aludida *STS de 29 de marzo de 2017*³⁴ y pese a que en ella no se presenta el hecho que atendemos realmente, sí se alude al mismo. Afirma el TS que podría presentarse la situación en que pudiera ser condenado

³⁴ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm. 202/2017 de 29 marzo*. RJ 2017\1323.

alguien como cómplice de una actuación respecto de la que se habría podido calificar como culpable el concurso sin atribuir a nadie más la condición de persona afectada por dicha calificación.

Se podría haber sido, por ejemplo, administrador de derecho hasta los tres años anteriores a la fecha del concurso, haber realizado actos que merezcan calificar el concurso como culpable pero que ese administrador escape de ser persona afectada por el concurso por hacer más de dos años que cesó en su cargo.

Debemos distinguir dos factores. De un lado los *hechos* propiamente considerados y de otro, la *persona* que, en su caso, le alcanzaría la afectación del concurso como culpable. Así lo expone el TS con intención de aclarar la posible situación:

En la actualidad, el art. 172.2 1º LC al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable (...). Esto es, salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Esta disparidad entre la limitación temporal de quien hubiera tenido la condición de administrador o liquidador, de derecho o de hecho, o de apoderado general, pero no la tenga al tiempo de la declaración de concurso, y la ausencia de una limitación temporal para la conducta merecedora de la calificación culpable, puede provocar un trato discriminatorio, cuando lo que se juzga son actuaciones realizadas fuera del periodo de los dos años anteriores a la declaración.

Y añade como ya subrayábamos: “Sobre este problema, el recurso plantea otro: que pudiera ser condenado alguien como **cómplice** de una actuación respecto de la que se habría podido calificar culpable el concurso **sin atribuir a nadie** la condición de persona afectada por la calificación”.

Luego, aquí la respuesta parece más o menos clara. Esos dos años no juegan para el caso que los *hechos* cometidos más allá de ese límite temporal no deban ser apreciados para una supuesta calificación del concurso como culpable. Así, tenemos unos *hechos* que originan la calificación del concurso como culpable (aun siendo extemporáneos) y,

en atención a los mismos, podemos ligar una *actuación* dolosa o culpable de un socio *cómplice* atendiendo al art.166 LC en caso de cooperación.

Es cierto que la sentencia a continuación se aparta de arrojar solución al hecho porque no es lo que se está tratando en ella, pero parece claro que *sí* se configura el nacimiento de una responsabilidad sobre una persona que se va a ver afectada por el concurso, el cómplice.

Ciertamente puede entenderse y así lo dice el TS, que se origina un trato discriminatorio, más aún si a la postre quien acaba respondiendo y alcanzado por la afectación del concurso es el cómplice únicamente y no el autor. Pero lo cierto es que no hay un límite temporal *ad hoc* para *actos* que propiamente generen o agraven el estado de insolvencia según el TS porque lo que se limita a esos dos años, es la afectación de las *personas* por el mismo según su condición dentro de ese límite temporal. Y, la rareza del caso, límite a la afectación de las personas como autores, *no* como cómplices.

Definido entonces el aspecto temporal del art.164.1 LC y del cómplice en relación con éste, quedaría por tratar qué le sucede al cómplice y cuán autónoma o accesoria es esa responsabilidad que se le atribuye y ver si finalmente es reprochable para el caso que el autor/deudor no fuera considerado persona afectada por el concurso. Lo dejamos en pausa para tratarlo en el siguiente punto del presente.

Visto este primer supuesto temporal, llegamos a la segunda posibilidad. Se define en el art.164.2 5º LC, salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio en los dos años anteriores. Recordemos que estamos dentro de la presunción *iuris et de iure*, además de lo que se dijo para este concreto supuesto: no hace falta que hayan ocasionado un perjuicio, solo que haya existido mala fe del deudor.

Pongámonos en situación para ver qué inconveniente podría darse en relación con el límite temporal: deudor que saca fraudulentamente bienes o derechos del patrimonio en cooperación con un socio pero que lo hace antes de los dos años que establece la ley. Véase la controversia. Un deudor que escapa de la responsabilidad concursal, *a priori*, por hallarse fuera del periodo descrito pero que llevó a cabo dichos actos en cooperación con un socio al que se podría tachar de cómplice y, como hemos visto, el art.166 LC no supedita a ningún periodo temporal. Lo atípico del caso es resaltante y cuanto menos curioso. Un autor al que *no* se le exige responsabilidad concursal, de momento, y un socio, que por su condición de socio coopera con el autor ayudando a sacar

fraudulentamente bienes o derechos, por ejemplo con su voto, al que *sí* le alcanzaría una responsabilidad concursal porque parece que se dan los presupuestos para ello. Y, como corolario de todo es que si la responsabilidad del cómplice es considerada accesoria a la del deudor, esos actos quedarían impunes (mentalidad penalista...).

Podríamos procurar, en un primer momento, resolver por la vía de la rescisión del art.73 LC considerando al socio persona especialmente relacionada con el deudor pero es que dicho artículo arranca también con la premisa de que los actos rescindibles son los habidos en los dos años anteriores y no solucionaríamos la situación que aquí estamos tratando.

Realmente, partimos de un error de base. El cómplice no lo es por el art.164.2 5º LC pues al escapar el deudor del mismo, por haber llevado a cabo su actuación fuera de los dos años señalados, ello no puede motivar *per se* una calificación del concurso como culpable y, en consecuencia, no se cumple uno de los presupuestos del art.166 LC. Esto es así porque aquí sí manifiesta expresamente la ley un periodo temporal, no al deudor, sino respecto de unos *actos*.

Antes de resolver esta situación que parece deba hallarse el modo de establecer responsabilidades por ser actos deliberados, voluntarios y lesivos y, por tanto, fraudulentos, hay que matizar. Así, se ha hecho hincapié que en el art.164.2 5º LC se hablan de actos fraudulentos pero no en sí mismos perjudiciales para la sociedad. Aunque parece complicado que un acto fraudulento y por el que se saca del patrimonio bienes o derechos, no resulte en definitiva constituyente de generar o agravar el estado de insolvencia, debemos considerar ambas situaciones.

En primer lugar, si genera o agrava el estado de insolvencia, es claro, para superar ese límite temporal lo que debe hacerse es, con la carga de la prueba, *incardinar* el supuesto de hecho en el art.164.1 LC y tener presente de que cabe prueba en contra huyendo del art.165.2 LC. Recurrimos por lo tanto al *tipo general*.

De esta manera volvemos al caso anterior, si no es persona que mantiene su cargo hasta, mínimo, los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, no será afectada por este, pero sus *actos* sí tienen repercusión para la calificación del mismo como culpable (ya vimos jurisprudencia al respecto) y, como resultado, se configura la responsabilidad del cómplice.

En el caso de que no haya agravado o generado la insolvencia no podremos calificar el concurso como culpable, por esos actos, y no va a poder señalarse un cómplice de un acto que, al menos por la vía concursal, no es reprochable. Debería en su caso iniciarse una acción para reclamar la responsabilidad del deudor/administrador fuera del procedimiento concursal pese a que dicha acción acabe dependiendo del desarrollo del propio concurso.

Pero para lo que interesa, los actos no reprochables para el concurso, no son suficientes para establecer una cooperación que determine el nacimiento del cómplice. No se van a cumplir sus presupuestos al no ser actos, en ese caso, que funden la calificación del concurso como culpable. Por lo tanto, no habrá posibilidad de que haya ninguna persona declarada cómplice para esta situación.

IV. AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓMPLICE

Con todo lo expuesto, partiendo de la premisa que tenemos unos actos que van a motivar la calificación del concurso como culpable, hemos de valorar qué sucede con el cómplice para el caso que efectivamente el autor escape de que le afecte el procedimiento concursal por haber dejado de ser administrador, apoderado general o liquidador de la sociedad más allá de los dos años señalados en la ley en cualquiera de los preceptos ya analizados que supeditan a ese límite temporal.

Aquí la falta de posicionamiento, tanto doctrinal de un lado como jurisprudencial de otro, hace necesario entrar en valoraciones interpretativas de la ley por lo que, la apreciación que se va a exponer, responde a una subjetividad que sólo el tiempo corroborará o, en otro caso, determinará otras alternativas de la que ahora se va a defender. Nótese que no pueda haber referencias por el citado hecho más que las propias interpretativas a la Ley Concursal.

No hay motivo para repetir que los dos años que señala la ley acotan a dicho periodo la persona del autor pero que en ningún caso debe entenderse que los hechos realizados fuera de ese periodo hayan de quedar imprejuzgados o “incalificados” de cara al concurso. Para ello se ha visto como la jurisprudencia del TS así se ha manifestado, además que tras la lectura de la ley, parece no dejar cabida a otro supuesto. Teniendo por

lo tanto unos *hechos* que merecen llevar el concurso a su calificación de culpable y estando a lo dispuesto propiamente por el art.166 LC que no limita la cooperación a ningún periodo estrictamente temporal, no hay duda de que, probados esos hechos y la cooperación de un socio o de un tercero, cumplimos con los presupuestos que se señalan para configurar una responsabilidad determinadora de la figura del cómplice.

Si analizamos el propio art.166 LC de manera autónoma y remitiendo nuevamente a lo expuesto por la jurisprudencia comentada, éste habla de “*cualquier acto*” que funde la calificación del concurso como culpable, así que, desde ese momento, se desvincula la responsabilidad del cómplice propiamente con la figura del deudor para serlo de los actos que ese deudor (recordemos que usamos el término en su más amplia comprensión, incluyendo a los administradores, liquidadores y apoderados en caso de la persona jurídica) ha llevado a cabo. Si esto lo enlazamos con lo dicho, que los actos pueden seguir siendo motivadores de la calificación del concurso como culpable sin estar sujetos a los dos años anteriores, vemos como la accesoriadad que entraña el nacimiento de consideración del cómplice a la figura del deudor se rompe en este instante para continuar siendo accesoria de los actos se ha llevado a cabo el deudor y que han merecido llevar al concurso a la calificación de culpable. Pero no de sus actos solo, de sus actos en cooperación con los del cómplice, por lo que tenemos ya que entender que al cómplice no se le va a exigir responsabilidad por los actos de aquél sino por los suyos propios.

Así, no decimos que el cómplice en atención a su responsabilidad no siga siendo accesoria a una principal. Estamos diciendo que su accesoriadad, pese a configurarse en un primer momento junto a la persona del deudor/actor, pierde *in fine* es relación personal con dicho deudor para derivar a la postre en una relación accesoria de los *actos* de éste.

Poco nos importa, desde el punto de vista del cómplice, que el deudor finalmente no responda por estar fuera de los dos años señalados u otro motivo, porque lo que aquí se establece es una relación de facto de unos actos llevados a cabo por cooperación. Actos que responden al presupuestos del art.166 LC, fundan la calificación del concurso como culpable, y actos llevados a cabo por una persona considerada cómplice a los que se le configura una responsabilidad *autónoma* después de su nacimiento.

Por otro lado, en atención a la primera valoración subjetiva sobre la desigualdad que se produce entre sujetos y, *a priori* poco proporcional, comentamos la segunda cuestión que no hace más que justificar lo que aquí se está razonando. En esta segunda

“fase” de la consideración del cómplice, ponemos especial énfasis en la responsabilidad derivada que es lo que realmente importa para el juicio de valores final.

Ya es claro que tenemos a un sujeto que declaramos cómplice y se configura su accesoria a los hechos llevados a cabo. Si ponemos la vista sobre el art.172 LC, responsabilidades, y para el caso que aquí interesa en su punto 3º del apartado segundo y en su apartado tercero, podemos apreciar lo siguiente:

Art.172.2 3º: “La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Art.172.3: La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.”

Aquí, establece una responsabilidad que más que entenderla, llegado este momento, accesoria, se configura como individual. Individual a sus actos propios. Es decir, no se le pide nada más que devolver, en su caso, bienes o derechos obtenidos de manera indebida y responder por los daños y perjuicios causados. Unos daños y perjuicios que deberán atender a la medida de la conducta llevada a cabo por él. Sólo de él. Entonces, habrá de configurarse el nexo causal entre sus propios actos y la responsabilidad que derive de los mismos.

Podemos mantener lo que decimos haciendo un cierto paralelismo a lo sucedido unos años atrás y que dio lugar a la coetilla del art.172.1 bis LC: “*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación de culpable haya generado o agraviado la insolvencia*”. Si llegados al momento de depurar responsabilidades con los propios administradores, liquidadores y apoderados hemos de establecer el nexo de causalidad entre actos y responsabilidad, motivo de más para hacer lo propio con los cómplices y con sus actos.

Todo esto trae causa de razonamiento porque para el juicio moral o subjetivo al que hacíamos referencia, parecía configurarse una desigualdad entre autor y cómplice que, de momento puede así interpretarse, pero no es menos cierto que el cómplice va a responder por lo propio. Recordemos que estamos en materia mercantil, no penal y la autoría y la complicidad no son reflejo una de la otra en estas dos jurisdicciones. Tema a parte a tratar sería si podemos atacar los actos del deudor con acciones personales contra

él o si efectivamente escapa de toda responsabilidad cuando se halle fuera de los dos años tipificados pero no es el caso que nos toca analizar.

Por lo tanto, tras lo visto, debemos mantener la postura de que el nacimiento del cómplice en un primer momento depende de un sujeto principal pero que inmediatamente su accesoriadad se liga a los *actos* de dicho principal, no a su persona *per se*. Y, finalmente, deberá responder el cómplice por sus propios actos, ni por más ni por menos. Motivo por el que se independiza su responsabilidad de cualquier otra y, haya un autor en sí o no principal que responda, debe mantenerse la obligación para con el cómplice de responder por lo propio.

Y, ya lo veremos en la parte que se traten los efectos derivados de la consideración de cómplice, porque como parece lógico, en caso de que se tenga la condición de acreedor, además de la de socio en nuestro caso, naturalmente que debemos degradar la posición de éste en el concurso perdiendo cualquier derecho que tuviera contra la masa.

Finalmente, aunque no se ha dicho porque se ha argumentado en base a la temporalidad de los dos años que marca la ley, si el deudor por cualquier otra circunstancia, por ejemplo su fallecimiento, no respondiere al final, remitimos al cómplice a la situación descrita y configuraremos su propia responsabilidad según lo analizado.

V. GRADUACIÓN DEL SOCIO

La condición de socio va indisolublemente unida a la titularidad de la acción en la sociedad anónima y a la participación en la sociedad limitada. Esto, además de representar el vínculo o relación jurídica derivada del contrato de sociedad y la pertenencia a ésta, “refleja también un *derecho subjetivo* de naturaleza compleja, pues atribuye a su titular una posición jurídica -la condición de socio- con un determinado contenido patrimonial y personal que puede ser objeto de negocios jurídicos (compraventa, prenda, etc.).³⁵

En el art.93 LSC se formula una enumeración de los derechos propios del socio (participar en el reparto de ganancias o del patrimonio resultante en la liquidación,

³⁵ MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. en “*Lecciones de Derecho Mercantil*”. Volumen I, 14ª Edición. Editorial: Civitas. Thomson Reuters. (2016).

derechos de suscripción preferente o asunción preferente de nuevas participaciones, asistir y votar en juntas generales, impugnar acuerdos sociales y, por último, el derecho de información) y si bien los tres primeros son de naturaleza *económico-patrimonial*, los tres últimos tienen un carácter *político* y funcional¹¹ y, por lo tanto, determinantes para lo que ahora incumbe, su graduación y las diferencias de unos respecto de otros.

También es cierto que dicha enumeración no es absoluta y describe unos mínimos. A través de sus estatutos podrán reconocer otros derechos sustanciales de naturaleza dispositiva que integren igualmente caracteres económico-patrimoniales o políticos. Debe apuntarse que hay una significativa diferencia entre la sociedad anónima y la limitada respecto de los derechos políticos que ahora interesan. Para la sociedad anónima se prohíbe que se altere la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (arts.96.2 y 188.2 LSC). No así en la sociedad de responsabilidad limitada, art.96.3 LSC, para la que solo opera dicha proporcionalidad en términos del art.188 LSC: “*salvo disposición contraria de los estatutos*”.

De otro lado, lejos de querer abordar el análisis de las juntas, adopción de acuerdos y demás fases anteriores al acuerdo social, sí puede resultar necesario pincelar lo relativo con el conflicto de interés. Y es que esto supone que el socio tiene plena libertad en su voto en atención a sus propios intereses y es que no representan un interés diferente del suyo. Esto se traduce en que pueden votar como decidan en uso de su autonomía privada y derecho de propiedad. No así los administradores que deben velar por el interés de la sociedad por encima del suyo propio. No obstante, el art.190 LSC prohíbe ejercer el derecho a voto del socio en prevención del riesgo del conflicto entre el interés personal del socio y el de la sociedad. También es verdad que ese mismo artículo en su apartado tercero abre la posibilidad a la impugnación del voto del socio que perjudique el interés social estableciendo una inversión de la carga de la prueba.

Dejando de lado lo relativo a la adopción de acuerdos por ser materia distinta a nuestros efectos, explicando ya en qué momento se establece el nacimiento del socio, con la adquisición de acciones o participaciones sociales, seguimos en lo que nos importa. En relación proporcional con el número de acciones o participaciones que se sea titular, el socio tendrá mayor o menor control político sobre la sociedad. Así habrá *socios de control* y *socios minoritarios*, entre otros, como serían los socios sin voto, socios industriales, etc. que no vamos a traer a colación.

En cuanto a los socios de control **no tienen** por qué ser administradores de hecho de facto, así lo señala la jurisprudencia, no es una concepción directa. V. gr., la *Sentencia de 5 de mayo de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona*³⁶, así lo precisa en una calificación de concurso:

*“Es preciso **además** que el cargo (de administrador de hecho) se ejerza efectivamente, **no derivando** sin más tal condición del hecho de ser el **socio de control**. [...], y el hecho de ser la socia mayoritaria y de contar con un poder inscrito para realizar actos de administración no la convierten sin más en administradora de hecho, primero porque no se prueba que haya hecho uso de tal apoderamiento y, en segundo lugar, porque si así hubiera sido lo que no se acredita es que el poder de decisión y dirección de los asuntos sociales los hubiera asumido y ejercitado con plena autonomía, sin subordinación al administrador de derecho, y no como mera o simple apoderada sometida al ámbito de dirección y control del administrador inscrito, su esposo.”*

O también la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2007*³⁷, que alegaba:

*“Se requiere constatar la realidad de una absoluta y sistemática injerencia en la gestión y administración para evitar la indebida extensión de la figura, pues **no debe confundirse** la normal influencia que el socio mayoritario puede ejercer en el legítimo ejercicio de sus derechos corporativos con aquellas otras hipótesis de auténtico y absoluto dominio sobre los administradores formales (ya sea mediante la intervención directa en la gestión, ya sea a través de la impartir instrucciones o directivas, incluso secretas, a los administradores de derecho que quedan sometidas a ellas), pues en el primero de los casos no podríamos hablar propiamente de un administrador de hecho. En todo caso, esta injerencia ha de revestir importancia para la sociedad, **sin que pueda equipararse** a la misma la mera función de control del socio, ni las meras opiniones, recomendaciones, etc., ni la intervención de determinados colaboradores en la gestión, a los que no será aplicable esta figura.”*

Además de que hay determinadas funciones que de derecho son atribuidas a los propios administradores de derecho, como la llevanza de la contabilidad, la solicitud del concurso a tiempo, posterior colaboración con el AC y el juzgado, etc. por las que nunca se va a poder señalar un administrador de hecho sobre las mismas. Son obligaciones que solo afectan a los administradores de derecho. Podemos señalar, a estos efectos, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de febrero de 2010*³⁸, donde en relación con el art.165 LC señala que lo relativo a la contabilidad es competencia de los administradores de derecho y, por lo tanto, a ellos se les responsabiliza de su incumplimiento:

³⁶ ARANZADI. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). *Sentencia núm.159/2008 de 5 mayo*. JUR 2008\267419.

³⁷ ARANZADI. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares). *Sentencia núm. 284/2007 de 5 diciembre*. AC 2008\361.

³⁸ ARANZADI. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). *Sentencia núm.74/2010 de 19 febrero*. AC 2010\529.

*“Lo determinante jurídicamente son los hechos que han servido para fundar la calificación del concurso, los relativos a los libros de contabilidad, documentos y justificantes; el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso y el incumplimiento del deber de colaboración, siendo así que el codemandado no es administrador, sino socio y trabajador de la sociedad concursada, por lo que **no es la persona obligada a llevar los libros de contabilidad**”*

Hacemos esta precisión porque no se debe acotar el pensamiento, aunque con mucha frecuencia así es, a que siempre el socio dominante va a ser considerado administrador de hecho ejerciendo en la sombra y que su actuación sea la que genere o agrave la situación de insolvencia y, finalmente, funde la calificación del concurso como culpable por sí misma. Sucede entonces, que no solo un socio minoritario tiene la probabilidad de ser considerado cómplice sino que el socio mayoritario podría quedar finalmente encuadrado a esa misma condición, en su caso. Aun así, como se apunta, con cierta frecuencia acaba probado que detrás del socio mayoritario se esconde el administrador de hecho real. En ese caso, se le atribuirá la condición de autor y no de cómplice. Éste suele ser conocido con la expresión de *socio tirano*.

En cuanto al socio minoritario, ese que con su voto contribuye al granito de arena que le falta al administrador para llevar a cabo su propósito, sí va a ser al que consideremos cómplice de pleno derecho. Además, cómplice por su condición de socio y por los actos derivados de su cargo. Podrá serlo también por su condición de socio y de tercero, si por ejemplo, se sacan bienes de manera que contribuye con su voto a dicha salida pero además acaban en su patrimonio o en una sociedad que el gestione y que lo convierte en cómplice por partida doble, ser socio de la primera y tercero interesado por el destino de los bienes. Así, obviamente, su responsabilidad deberá extenderse a ambas consideraciones.

Puede suceder que ese socio minoritario, en unión con otro u otros socios minoritarios, se conviertan en socios de control como lo era propiamente el ya mentado socio mayoritario y remitiríamos el resultado de esa unión a lo ya explicado para los socios de control. También puede ser que, aun con esa unión, sigan representando una minoría y la situación que se dé sea la de varios cómplices por una misma cooperación. Así que vemos que la figura del socio minoritario es la que más juego da y la que mejor habrá que analizar llegado el caso pues pueden acabar siendo autores en su caso, o cómplices en el suyo.

Por lo tanto, en resumen, habrá que analizar la casuística para poder determinar qué consideración merece la conducta del socio, independientemente de su graduación,

aunque tras lo analizado, se distinguirá con mayor claridad la conducta en el caso del socio mayoritario, entrando a mayor detalle si se quiere distinguir la del socio minoritario por la casuística a la que es dada su particular figura y posición dentro de la sociedad.

VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SOCIO

Lo relativo a los derechos ya se ha pincelado en el apartado anterior, aun así, ahora los enumeramos de manera más explícita según lo dispuesto en el art.93 LSC:

“En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.*
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.*
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.*
- d) El de información.”*

No merece mayor comentario que lo señalado anteriormente, saber que son unos mínimos, un *numerus apertus* y que pueden puntualizarse dentro de los respectivos estatutos. Sin embargo, se habla de derechos y en contrapartida deben indicarse ciertas obligaciones o deberes de los socios.

Aquí nos enfrentamos a un problema. Al querer hacer una sistemática de obligaciones de los socios, nos encontramos de que éstos no vienen recogidos en una norma concreta. Debemos acudir a diferentes disposiciones, principios jurídicos y, como no, a la jurisprudencia para conocer cuáles son, cómo aplicarlos y qué incidencia tienen sobre el socio.

En primer lugar, la obligación principal que tienen los socios es la de aportar su parte convenida (dinero, bienes o derechos) a la sociedad. En caso contrario deberán indemnizar a la sociedad devengando intereses y responsabilidad por daños. Esto está tipificado en la LSC, es lógico. También habrá otras obligaciones accesorias pero determinadas dentro de cada caso en sus concretos estatutos de la sociedad pero que esas obligaciones nunca formarán parte o integrarán el capital social.

Por otro lado, aparecen sin embargo unas obligaciones que se derivan de unos principios y que curiosamente no están propiamente tipificadas para los socios. Algunas, en su caso, sí para los administradores (diligencia, lealtad, protección de la discrecionalidad, etc.). Nos referiremos principalmente al deber de lealtad que si bien la LSC nombra en relación con los administradores, no hay una referencia expresa o desarrollada como podría merecerse para con los socios (sobre todo para los minoritarios). De hecho, se echa en falta un desarrollo algo más exhaustivo sobre conductas derivadas de tales principios. El deber de lealtad lo comprendemos como ese principio genérico que contiene en sí mismo otros, el interés social o el deber de fidelidad, todo ello como reflejo del propio deber de buena fe proclamado en el Código Civil pero llevado en este caso a nuestro entorno en cuestión, el plano mercantil y societario.

Quizás, el carecer de una sistemática en cuanto a obligaciones de los socios sea criticable pero no hay que perder de vista la dificultad de tal cometido. Aunque lejos de pretender un *numerus clausus* de la materia, sí sería del todo acertado poder tener una relación de mínimos, como sucede con los derechos y que, la jurisprudencia, poco a poco haga el resto. Además, como critica el catedrático de la Universidad de Uría Menéndez (Madrid) *Cándido Paz-Ares*³⁹ no estamos faltos, seguramente, o tan faltos de regulación de estructura (competencias, órganos, procedimientos, burocracia, etc.) sino de normas de conducta. El deber de lealtad debiera ser mejor tratado, propiamente y en su aplicación. Este mismo catedrático pone el ejemplo siguiente: de las 300 páginas que el manual de Sánchez Calero dedica a las sociedades, apenas dos hablan del deber de lealtad; hace la misma similitud con el manual en el que él mismo interviene como autor y que conocemos bien, *Curso de Derecho Mercantil dirigido por R. Uría y A. Menéndez*, donde tampoco lo trata de forma más extensa. En contra de eso, alude al manual de referencia en EEUU, *el Corporate Law de Robert Clark*, donde de las 800 páginas dedicadas a las sociedades, casi 300 abordan el deber de lealtad.

Por lo tanto y para no desviarnos de nuestro tema, se ha expuesto todo esto porque parece que hay que tomarse más en serio el deber de lealtad y demás conductas, en su amplitud, enfocadas sobre todas las personas que conforman la persona jurídica de la sociedad. Y, en definitiva, añadir unas directrices de conducta efectivas.

³⁹ PAZ-ARES, C. en “*Anatomía del deber de lealtad*”. Artículo de: Actualidad jurídica Uría Menéndez 29/2015. Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez. Universidad Autónoma de Madrid. (Madrid, 2015).

Retomando nuestro análisis, todo esto trae causa a que, en función de los deberes que mencionamos y todas esas conductas que recaen sobre el socio, se influirá *por ende* en la responsabilidad por daños y perjuicios de la que deba responder que, no solo será por el manifiesto daño o perjuicio ocasionado por la *cooperación* tras haber sacado bienes o derechos del patrimonio social, sino que se deberá tener en consideración, no olvidemos que estamos analizando la figura del propio socio como cómplice, las *conductas ilícitas* que éste llevara a cabo y cuantificar la indemnización de las mismas en este caso, no sólo por su daño o perjuicio frente a los *acreedores* restantes, sino teniendo en cuenta también los considerados *frente a la propia sociedad* que se ha visto afectada al ser socio de ella.

Entendemos, por lo tanto, que su responsabilidad va a tener una *perspectiva indemnizatoria doble*. Es decir que debe guardar la proporcionalidad oportuna al daño producido que, en caso de ser cómplice y socio, debe ser mayor que para el caso de ser un simple tercero ajeno a la sociedad.

VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE COMPLICIDAD

Para el caso de los efectos hemos de ceñirnos, como no puede ser de otro modo, a la ley. La responsabilidad del cómplice se señala en el art.172 LC y antes de empezar a señalar sus efectos hemos de analizar dicho artículo donde ya vamos a poder distinguir una responsabilidad *indemnizatoria* y otra de carácter *sancionador*.

Art.172.2 3º: “La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Art.172.3: La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.”

En primer lugar, tras la lectura de las dos partes del art.172 LC expuesto ya podemos hacernos una idea de lo complicada que resulta la sentencia de calificación del concurso y de su magnitud. En ella no solo se va a llevar a cabo la calificación sino que deberán determinarse a las personas afectadas por la calificación, en su caso, a las

declaradas cómplices y, además, sus responsabilidades, entre las que podremos encontrar pérdidas de derechos concursales, devoluciones por obtención indebida del patrimonio o de la masa y responsabilidades por daños y perjuicios. En definitiva, harto compleja y necesaria de una exquisita interpretación normativa para derivar en una sentencia justa y completa atendiendo a los hechos producidos.

Por lo tanto, tres son las sanciones que se pueden imponer⁴⁰: la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o de la masa; la condena a la devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa; y, por último, la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados⁴¹.

Entonces, al margen de la sanción personal por excelencia (la inhabilitación), el art.172 LC autoriza un pronunciamiento de alcance patrimonial sobre las personas afectadas por la calificación del concurso, así como de los cómplices. Este pronunciamiento tendrá, en su caso, un doble contenido que será acumulativo, *no alternativo*: la pérdida de derechos para el caso de ser acreedor o la devolución de lo indebidamente obtenido del patrimonio o de la masa activa⁴².

Así, la sentencia debe tratar los daños y perjuicios ocasionados como dice el art.172.2 LC cuando utiliza el término “*contendrá*” por lo que se puede afirmar que no va a ser necesario que se alegue, en el informe de la AC o en el dictamen del MF en su caso, sobre los *daños y perjuicios*. Y, no sólo eso, sino que en esta misma línea afirmamos que debe contener la *indemnización* respectiva. Es decir, por imperativo de la ley, deberá haber un pronunciamiento sobre todas estas cuestiones una vez se señalen responsables. No obstante, aun cuando las dos primeras sanciones se pueden entender automáticas, no hay duda que la indemnización de los daños y perjuicios causados y, fundadamente, su

⁴⁰ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.641.

⁴¹ Señala también Rosende Villar, C [en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II. CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra 2010). Pág.641.] como ejemplo de un supuesto de condena a la indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art.172.2 3º LC - hasta el momento escasos- el resuelto por la sentencia de la *AP de Baleares de 1 de julio de 2008 (JUR2008/362972)*. En ésta se condena al administrador, además de a satisfacer el déficit concursal, a la indemnización de daños y perjuicios, al parecer, la cantidad a la que se condena al administrador era el importe de la deuda contraída por la sociedad concursada con otra sociedad de la que era el importe de la deuda contraída por la sociedad concursada con otra sociedad de la que era socio el administrador y que éste habría favorecido.

⁴² Yanes Yanes, P en PULGAR EZQUERRA, J (Dir.) “*El concurso de acreedores*”. Editorial: Wolters Kluwer. (Las Rozas, Madrid, 2012). Pág. 555.

extensión será fijada por el Juez a la vista de las circunstancias concurrentes⁴³ y es aquí donde reiteramos la apreciación del apartado anterior, debe considerarse en este momento que el responsable, además de ser cómplice, es socio de la concursada por lo que esa apreciación, a todas luces, deberá consistir en partir de un ilícito más gravoso del que pudiera haber llevado a cabo un simple tercero.

Luego, en materia de responsabilidades propiamente, se distingue entre deudor, administrador, liquidador -éstos de hecho o de derecho-, apoderado y cómplice donde cada uno tiene señalado el posible alcance de la misma dentro del art.172 LC y 172 bis LC en su caso. Por lo que a nosotros respecta, nos ceñimos a la figura del cómplice que, además, es socio de la concursada y vamos a diferenciar las distintas posibilidades de las que podemos partir para ello.

1. Según la posición del cómplice

Debemos apreciar que la ley distingue entre el cómplice que además tiene condición de acreedor o, en caso contrario, cuando no la tiene. Sucede que en la casuística que nos atañe al presente trabajo debemos diferenciar, además de sobre esas mismas prerrogativas, añadir la condición de socio al cómplice. Esto complica la situación y requiere una interpretación encarecidamente meticulosa porque la ley no previene dicha situación pero es seguro que no se escapa de la apreciación de la gravosidad que adolece al cómplice que, además es socio, y tanto el daño como el perjuicio es doblemente reprochable por haberse valido de su condición.

Ya decíamos que la *STS de 27 de enero de 2016*⁴⁴ decía que:

“para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.”

⁴³ Rosende Villar, C en “Comentarios a la Ley Concursal”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.596.

⁴⁴ ARANZADI. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm.5/2016 de 27 enero. RJ 2016\25.

También hacíamos referencia a su pronunciamiento a la relación entre los actos realizados por el cómplice y su voluntariedad con los que generen o agraven la insolvencia y a la postre motiven la calificación de concurso como culpable:

*“La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC -"cualquier acto"- [...], no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción **ha de basarse** en una actividad probatoria suficiente y ha de **determinar** una clara **relación de causalidad** entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC . Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender **no sólo a dicha actuación**, sino que también **ha de constatarse su voluntariedad**, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, consilium fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.”*

Cumplidos los presupuestos que ya conocíamos y que oportunamente se han recordado, vamos a delimitar entonces y depurar responsabilidades para cada caso concreto.

1.1. Sujeto acreedor

En la ley se contempla expresamente el supuesto que la persona considerada cómplice tenga además la condición de acreedor concursal. Puede pensarse que dicho planteamiento sólo pueda producirse con terceros, ajenos a la sociedad, pero lo cierto es que nada impide que un socio de la concursada sea, a su vez, acreedor de ésta por motivos múltiples (v. gr. socio o administrador a la vez de otra sociedad acreedora).

Podemos poner de ejemplo la *SAP de Valencia de 20 de marzo de 2014*⁴⁵, la cual dio lugar posteriormente a la comentada *STS de 27 de enero del 2016*. En esta ocasión, a AP de Valencia, condena a un cómplice por llevar a cabo unos actos en cooperación con la concursada de manera que, recibía de ésta, mercancía que no abonaba y derivaba en consecuencia en un perjuicio patrimonial sobre la concursada que agravaba la insolvencia. Es cierto que no ostentaba la condición de socio de la concursada pero para visualizar el alcance de la aplicación del art.172.2 3º LC nos sirve. En resumidas cuentas, tras dar por probado el *acto* en el que fundamenta la cooperación además de, como

⁴⁵ ARANZADI. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª). *Sentencia núm.89/2014 de 20 marzo*. AC 2014\940.

mínimo sustentarse en él la *voluntariedad* de cooperar causando un perjuicio, estipula una serie de responsabilidades:

- “Se acuerda la *pérdida* por [...] de *cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa*, en su propio nombre o en el de la sociedad de la que es administradora única, [...].”

- “Se condena a [...] a *devolver* los bienes o derechos que haya obtenido indebidamente del patrimonio o de la masa activa del concurso de [...], si bien en su propio nombre bien en el de la sociedad [...], a través de la desviación y apropiación del negocio de dicha concursada, así como a *indemnizar* los *daños y perjuicios* causados.”

Por lo que, sírvase de ejemplo de la realidad con la que opera el artículo citado con el cómplice que es además acreedor. Debe devolver, si obtuvo algo, lo conseguido de manera indebida por un lado. Por otro, de todo derecho que tuviere como acreedor concursal o de la masa puede despedirse⁴⁶. Y, oportunamente, deberá indemnizar de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado.

Observamos y justificamos así lo expuesto en cuanto a responsabilidades. Una primera responsabilidad *reparadora* para el daño ocasionado a la concursada y su patrimonio o a la masa, la devolución de lo obtenido indebidamente, para que pueda hacer frente en mayor medida a su estado de insolvencia. Una segunda responsabilidad *indemnizatoria* en relación con los daños y perjuicios ocasionados a los acreedores; podría incluir daños y perjuicios a la propia concursada, aunque en el caso de la sentencia vista no tiene lugar por ser una sociedad con un administrador único en connivencia con el cómplice y sería ilusorio indemnizar propiamente su mala actuación. Y, una tercera responsabilidad del todo *sancionadora*, que deriva en la pérdida de sus derechos concursales como acreedor.

1.2. Sujeto no acreedor

Asimismo, es necesario que, a la par, los considerados cómplices que no sean acreedores deban devolver, en su caso, los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa⁴⁷. Parece que el articulado haga una distinción sobre esta cuestión en razón de ser, o no, acreedor

⁴⁶ Yanes Yanes, P en “*El concurso de acreedores*”. PULGAR EZQUERRA, J (Dir.). Editorial: Wolters Kluwer. (Las Rozas, Madrid, 2012). Pág.555.

⁴⁷ Rosende Villar, C en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II. CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010). Pág.595.

concurstal pero lo razonable es pensar que la distinción, en todo caso, es en referencia a la pérdida de derechos que pudieran tener como acreedores y no que, en función de serlo, deban devolver, o no, los bienes o derechos obtenidos indebidamente.

Sea como fuere, está claro que, si no los devuelve, responderá por daños y perjuicios a todos los efectos, por lo que el resultado final es el mismo, conseguir devolver al estado inicial la masa o patrimonio del deudor dañado en perjuicio de sus acreedores e *indemnizar* de cuantas acciones se acometieran contra la masa o patrimonio de la concursada. Luego, estemos en el caso que sea, la indemnización siempre va a estar, en su caso, presente.

VII. CONCLUSIONES

Para entender mejor todas las opiniones, me parece oportuno concentrar todo lo expuesto en el trabajo. Se ha tratado en qué casos dentro de los arts.164 y 165 LC podemos incluir al cómplice. En caso del art.164.2 LC y de sus primeros tres supuestos entiendo que es complicada su inclusión, siempre en vistas de una complicidad achacable a la figura del socio, ya se ha dicho que forzando un poco podría haber complicidad pero sólo para el caso de un tercero cualquiera, más bien.

Distinto era para el caso del supuesto cuarto y quinto de ese art.164.2 LC al poder incardinar plenamente al socio cómplice que lo hace a través de su voto y distinguiendo a la vez sus dos posibilidades: participando en la votación para llevar a cabo el ilícito o, de otra forma, no oponiéndose con el mismo a tales cometidos. Es decir, por una actitud activa o pasiva sobre el hecho que califique al concurso como culpable.

Para el caso del art.164.1 LC en relación con el art.165.2 LC también alegamos lo propio, actuar con su poder de votación sobre el hecho pero teniendo en cuenta la clase de socio al que hacemos referencia donde ya vimos que destacan para la complicidad los socios minoritarios pero que debemos estar a la casuística de cada caso.

Mencionada esa posibilidad se ha hecho imprescindible describir qué tipos de socios podemos encontrar en la sociedad donde se ha distinguido básicamente entre el socio de control y el socio minoritario y justificando que no todo socio mayoritario ha de convertirse por ello en administrador de hecho.

Finalizada esa descripción no quedaba más que delimitar las responsabilidades que han de señalarse a los responsables. En nuestro caso para los cómplices.

Por lo tanto, volcando, ahora si mi opinión al respecto, conviene decir que parece evidente que un trabajo deba ser fruto de una elaboración personal pero sin embargo este va algo más allá. Me refiero a que no ha podido elaborarse en su totalidad en base a un contraste jurisprudencial (o no en gran medida) ni de la confrontación entre distintos autores o catedráticos al respecto. Gran parte del trabajo es en referencia a un tema del que no se ha podido obtener demasiada información al no haber sido tratado todavía. Esto ha complicado su elaboración y ha acabado siendo el fruto de una investigación de situaciones parecidas citadas por la doctrina y por la jurisprudencia, así como, de interpretaciones propias de la LC. Así, en resumidas cuentas, puede llevar al lector a estar en un completo desacuerdo con lo mantenido o, por otro lado, reflexionar sobre lo que se ha dicho y compartirlo. Se mantenga la opinión que sea, huelga subrayar que, hasta el momento, nadie está equivocado y solo el transcurso del tiempo dirá qué postura adoptan jueces y magistrados llegado el momento.

Dicho esto, hay distintos aspectos de los que quiero verter mi opinión pese a que, como señalo, todo el trabajo ha sido un tanto subjetivo y se ha podido ir apreciando durante su lectura las consideraciones que ahora se van a puntualizar. En primer lugar, quisiera hacer una reflexión sobre las *consecuencias* que la ley impone a los responsables que llevan a la calificación del concurso como culpable en contraste con las consecuencias impuestas a los cómplices.

Habla el art.172 LC sobre ello. Éste establece que la sentencia determinará a las personas afectadas por la calificación del concurso, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Bien. Señala que las personas alcanzadas por dicha calificación se les inhabilitará para administrar bienes ajenos o representar a cualquier persona durante un periodo de dos a quince años. Sin embargo, los cómplices, que son los que entrañan interés a los efectos de este trabajo, no se les impone ningún tipo de inhabilitación. Solo responden de daños y perjuicios y, en su caso, han de devolver lo obtenido indebidamente. La inhabilitación, entonces, queda reservada a los encargados de la gestión y control de riesgo de insolvencia donde también podría acabar incluido algún socio en la parte que

se les atribuye una posición, igualmente, de garante⁴⁸. Socio alcanzado por la calificación del concurso, no por la complicidad.

Por todo ello, para el socio declarado cómplice se me antoja un tanto laxa dicha responsabilidad. Incluso un trato discriminatorio positivo para con éstos. Creo que, el ser cómplice y además tener la condición de socio, debería entrañar igualmente una inhabilitación porque no parece de justicia equiparar a un simple tercero que obtiene un beneficio indebido con el que propiamente es socio de la concursada y, en mi opinión, actúa con una pretendida intencionalidad prevaleciendo de su posición y que debe ser enmarcada dentro del propio dolo alejándose a todos los efectos de la simple culpa grave. Creo que ese socio, como poco, debiere ser igualmente inhabilitado pues su cooperación merece igual reproche, en menor medida, que la del autor. Por eso, lo que digo no me parece una postura inquisitoria sino de recibo con sus actos.

Otro aspecto, sobre el que ya se ha dejado una reflexión cuando se ha tratado, es sobre lo poco desarrollado que está el aspecto de las *obligaciones de los socios* así como principios básicos del derecho mercantil en referencia con éstos. Creo que debería haber una mayor atención al principio de lealtad de estos señores y unas tipificadas consecuencias en caso de burla del mismo. Si todo gira entorno al principio de la buena fe y esto llevado al terreno mercantil se traduce en un deber de lealtad, parece poco realista no darle el protagonismo que merece y establecer unas consecuencias para los responsables de su desatención. Ciertamente es que sí se trata (algo...) este asunto para la persona del administrador pero la figura del socio queda olvidada en este sentido. Debiera trabajarse más y, personalmente, creo que en primer lugar diría de tiene que trabajarse a nivel doctrinal para que pueda, posteriormente, legislarse al respecto de una manera fundada sobre ello.

Otra cosa que puntualizar es la propia *sentencia de calificación*. No se me ocurre como dar remedio al problema que le veo, por no tener los conocimientos necesarios ni por ser a quien le toque llevar a cabo el cometido que, diría, es menester. Creo que la sentencia de calificación aborda demasiados aspectos a la vez. Es decir, enfrentarse a su confección es casi una quimera. Y es que, no sólo ha de calificar el concurso como fortuito o culpable sino que, en caso de calificar como culpable, debe señalar distintos

⁴⁸ Marín de la Bárcena, F en “*Comentarios a la Ley Concursal*”. PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). Editorial: Wolters Kluwer. (Las Rozas, Madrid, 2016). Pág.1801.

pronunciamientos: determinación de personas afectadas por la calificación, cómplices en su caso, socios que se hayan negado a la capitalización de créditos sin causa razonable o emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos del art.165.2 LC, inhabilitaciones e incluso algunas inhabilitaciones con la excepcionalidad de permitir al inhabilitado continuar al frente de la empresa o seguir como administrador, daños y perjuicios de las personas afectadas por la calificación y de los cómplices, pérdidas de derechos si existen cómplices que además sean acreedores concursales, ... En fin, muchísimas cosas que hacen que se convierta en una misión casi imposible de abordar.

No se si debería haber más secciones dentro del concurso o confeccionarlas de distinta forma de manera que se vayan ventilando todas esas cuestiones de un modo más sosegado a lo largo del concurso pero me parece que encarar todas ellas al final dan como resultado una peor seguridad jurídica para todos, responsables y perjudicados.

Y, tema nuclear del trabajo, por último, el caso de la limitación temporal sobre las personas responsables y el silencio sobre ello para la figura del cómplice. El contraste de ambas cuestiones no casa bien llegado el momento de depurar y señalar responsabilidades como hemos podido comprobar. Creo que sí es acertado limitar esos dos años para el caso de las acciones rescisorias pero no me parece tan acertado ese límite temporal para delimitar a las personas afectadas por el concurso. Diría que al TS tampoco le ha parecido bien y por eso ha puntualizado que, de ese periodo temporal, escape la persona que deje tener el cargo de administrador o liquidador pero que en ningún caso lo hacen los propios hechos. No digo que no se ponga un límite, pero sí digo que debería ser más amplio. Además, tras la reforma del año 2015 donde en el art.172 bis LC se establecen responsabilidades en la medida que la conducta determinante de la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia, me atrevería a decir que podríamos eliminar el periodo de los dos años para poder responsabilizar a la persona porque, si no se establece su nexos causal, no importará que haga un año, seis meses o cinco años que fuera administrador o liquidador, si no ha sido responsable no tendrá responsabilidad alguna. Si bien quiere establecerse un periodo a efectos de que no esté toda la vida pensando, el responsable de haber realizado actos con culpa grave o dolo, sobre cuándo puede llegarle el día de rendir cuentas, me parece bien (en realidad no, pero entiendo que no puede vivir con esa inseguridad jurídica) pero, en todo caso, no un periodo de sólo dos años.

Además, debe someterse a algún periodo al propio cómplice o, en otro caso, ligar su responsabilidad a la del autor porque como están las cosas, pese a lo justificado en el

apartado correspondiente, no parece lógico que un cómplice deba responder de una conducta de la cual el propio autor pudiera escapar. Aquí se ha dicho que el cómplice debe responder de la manera que se ha justificado pero en ningún caso se ha pretendido justificar que el autor no deba hacer lo propio. Sí parece conveniente pincelar este aspecto que seguramente la jurisprudencia deberá abordar en un plazo no muy lejano.

BIBLIOGRAFIA

- BELEN CAMPUZANO, A. en “*Esquemas de Derecho Concursal*”, Tomo XXI, 8ª Edición. Editorial: Tirant lo Blanch. (Valencia, 2015).
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, *Volumen II*, Editorial: Tecnos (Madrid, 2004). A su vez:
 - ALBALADEJO, *Derecho Civil*, 11ª Edición, 2002.
 - LACRUZ Y OTROS, *Elementos del Derecho Civil*, 2ª Edición, 2003.
- BROSETA PONT, M en “*Manual de Derecho Mercantil*”, 23ª Edición. Editorial: Tecnos. (2016).
- DEL OLMO, A. en Artículo “*la actividad del cómplice no se limita solo a la anterior a la declaración de concurso*”. Editorial jurídica Sepín. (16 de febrero de 2016). LINK: <https://blog.sepin.es/2016/02/complince-derecho-concursal/>
- FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A., en “*Proceso Concursal Práctico, comentario a la nueva ley concursal*”. Editorial: Iurgium. (Fuenlabrada, 2004).
- GALINDO CARASUSÁN, S. en “*TFG de 9 de enero de 2017*”. U. P. Navarra.
- GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J.A., “*La calificación del concurso*”. Editorial: Thomson, Aranzadi. (Cizur Menor, 2004).
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F en “*Comentarios a la Ley Concursal*”. PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). Editorial: Wolters Kluwer. (Las Rozas, Madrid, 2016).
- MELERO BOSCH, L. V. (ULL) en Artículo “*Acción rescisoria concursal y salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor como causa de culpabilidad del concurso*”. Editorial RCP nº27 de 2017. Págs.249 a 259.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. en “*Lecciones de Derecho Mercantil*”. Volumen I, 14ª Edición. Editorial: Civitas. Thomson Reuters. (2016).
- PAZ-ARES, C. en Artículo “*Anatomía del deber de lealtad*”. Actualidad jurídica Uría Menéndez 29/2015. (Madrid, 2015).
- PRENDES CARRIL, P. en “*La Calificación del Concurso*” de PONS ALBENTOSA, L (Dir.), *Practicum Concursal*. Editorial: Thomson Reuters. (Navarra, 2017).
- ROSENDE VILLAR, C. en “*Comentarios a la Ley Concursal*”, Tomo II, CORDÓN MORENO, F (Dir.). Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. (Navarra, 2010).
- SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L. en *docencia del curso 2016/17*, explicaciones en la clase del tercer año del Grado en Derecho, asignatura de Derecho Mercantil II. Universidad de la Laguna (ULL).
- YANES YANES, P. en “*El Concurso de Acreedores*”, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). Editorial: La Ley, Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2012).

Jurisprudencia

- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). *Sentencia núm.159/2008 de 5 mayo.* JUR 2008\267419.
- Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). *Sentencia núm.74/2010 de 19 febrero.* AC 2010\529.
- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª). *Sentencia núm.89/2014 de 20 marzo.* AC 2014\940.
- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª). *Sentencia núm.447/2008 de 15 julio.* AC 2009\129.
- Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares). *Sentencia núm. 284/2007 de 5 diciembre.* AC 2008\361.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm.5/2016 de 27 enero.* RJ 2016\25.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm.202/2017 de 29 marzo.* RJ 2017\1323.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). *Sentencia núm.269/2016 de 22 abril.* RJ 2016\2409.

Legislación

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Código de Comercio de 1885.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital..
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal..