

# Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal

Nuria Bermejo Gutiérrez  
Elena Rodríguez Pineau

Universidad Autónoma de Madrid

387

### *Abstract\**

*Los ordenamientos configuran la protección de los acreedores de una sociedad a través distintos instrumentos de carácter jurídico-privado, que en unos casos tienen carácter societario y, en otros, concursal.*

*Cuando la insolvencia afecta a una sociedad extranjera, calificar una regla de protección como societaria o concursal implica que entre en juego un ordenamiento jurídico u otro y que dicha regla sea aplicada o no por el juez del concurso. La regla que obliga a los administradores a instar la declaración de concurso y que les hace responder por no hacerlo ha planteado dudas de calificación en algunos Estados europeos. Sin embargo, desde el punto de vista comunitario, la calificación de esta regla realizada desde los parámetros propios del concurso internacional, no ofrece dudas: por su finalidad, es de naturaleza concursal. Esta función concursal es también evidente en los ordenamientos estatales: su propósito es dar respuesta a los problemas que plantea el oportunismo en el que pueden incurrir los administradores desde que una sociedad es insolvente.*

*La calificación propuesta es compatible con la jurisprudencia más reciente en materia de establecimiento de sociedades, pues es la opción querida por el propio legislador comunitario al adoptar el [Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia](#) y que satisface el test de compatibilidad comunitario exigido por el TJCE, aunque sujeta a los administradores de una sociedad extranjera a reglas de responsabilidad distintas de las previstas en la *lex societatis*.*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: SEJ 2005-07030/JUR, "Derecho mercantil y Análisis Económico del Derecho" (IV) y SEC 2003-01077/JUR, "La incidencia del Derecho Internacional Privado en el proceso de integración europea", dirigidos por los profesores Cándido Paz-Ares y Miguel Virgós, respectivamente.

## *Sumario*

1. Introducción
2. ¿Norma societaria o norma concursal?
  - 2.1. El problema de la “huida hacia adelante”
  - 2.2. La responsabilidad de los administradores por no declarar a tiempo del concurso: caracterización
  - 2.3. Otras reglas de responsabilidad al servicio de los acreedores
  - 2.4. Lógica societaria *versus* lógica concursal
3. La calificación *lex societatis vs. lex concursus* en el Derecho internacional privado
  - 3.1. Planteamiento de la cuestión
  - 3.2. Los criterios de calificación como regla concursal
    - a) Lógica concursal vs. lógica obligacional
    - b) Lógica concursal vs. lógica societaria
4. La posible corrección derivada del Derecho comunitario
  - 4.1. Planteamiento de la cuestión
  - 4.2. El análisis de DIPr: incoherencia valorativa y riesgo de internacionalidad
    - a) La coherencia del sistema como límite a la aplicación de varias normas de conflicto
    - b) La correcta atribución del riesgo de internacionalidad
  - 4.3. La coherencia del sistema comunitario
5. Conclusiones
6. Bibliografía

## 1. Introducción

Cada sistema jurídico configura la protección de los acreedores de una sociedad a través distintos instrumentos de carácter jurídico-privado. En unos casos, estas reglas tienen carácter societario y, en otros, tienen naturaleza concursal. La aplicación concurrente de normas procedentes de dos bloques normativos distintos no plantea grandes problemas cuando entra en juego un solo ordenamiento jurídico (en adelante, F1), pues, en principio, los sistemas jurídicos se configuran y aplican de forma coherente. Esto, precisamente, impide que las distintas normas de protección – societarias y concursales – entren en conflicto o que, por el contrario, se produzcan fallos de protección. Sin embargo, la situación ofrece otro perfil cuando concurre un elemento de internacionalidad. Las leyes concursales y societarias de cada uno de los ordenamientos jurídicos serán, por lo general, distintas. Por lo tanto, calificar una regla de protección como societaria o como concursal no es, ni mucho menos, baladí; implica, derechamente, que entre en juego un ordenamiento jurídico u otro y que, en definitiva, dicha regla sea aplicada, en un caso, por el juez del concurso mientras que, en el contrario, no<sup>1</sup>.

Para ilustrar lo anterior, veamos un ejemplo. Imaginemos una sociedad constituida conforme al derecho de F1 que tiene su centro de intereses principales en el mercado de F2. Conforme a las reglas de DIPr de este país (F2), la *lex societatis* de esa sociedad es el derecho de F1, mientras que la *lex concursus* sería el Derecho concursal de F2. Supongamos que el ordenamiento jurídico de F2 tiene una regla que establece la responsabilidad de los administradores de la sociedad por infringir el deber de manifestarse en concurso; sin embargo, esa regla no existe en el ordenamiento de F1. Pues bien, si calificamos esa regla de responsabilidad como concursal, en principio, podríamos hacer responder a los administradores en F2, conforme al Derecho concursal de F2, aunque esta responsabilidad no estuviera contemplada en el Derecho societario de F1, que es conforme al cual se ha constituido la sociedad. En la hipótesis contraria, supongamos que F1 tiene una regla que establece la responsabilidad de los administradores de la sociedad por infringir el deber de manifestarse en concurso, que no existe en el sistema concursal de F2. Pues bien, si calificamos esa regla de responsabilidad como concursal, no podríamos hacer responder a los administradores en F2 conforme al Derecho concursal de F2, aun cuando esa regla sea conocida por la *lex societatis*. Los problemas más arduos se plantean cuando el ordenamiento de F1 define esta regla como una regla de carácter concursal y, además, esta regla existe en el ordenamiento de F2, pero como una regla societaria. En esos casos, está servido el riesgo de calificar “estratégicamente” la norma para asegurarnos un determinado resultado (por ejemplo, la desactivación de esta forma de responsabilidad).

---

<sup>1</sup> Esta calificación puede tener, además, consecuencias respecto de la determinación del ámbito de competencias del juez del concurso, *i.e.*, si consideramos que la norma es concursal, será competente para conocer de la misma el juez del concurso. Pero si consideramos que es societaria, habrá que plantear la acción ante el tribunal competente conforme al [Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil](#). Para más detalles sobre la norma que determina la competencia en estos supuestos de frontera, v. LORENZ, 2005.

El propósito de este trabajo es, pues, *determinar si esa norma de protección de los acreedores, que establece la responsabilidad de los administradores por no instar a tiempo la declaración de concurso, forma materialmente parte del Derecho concursal o si, por el contrario, constituye una pieza integrante del Derecho de sociedades*. En otros términos, se trata de ofrecer los criterios que permiten a un juez resolver esta cuestión de calificación en un procedimiento concursal abierto en el foro frente a una sociedad extranjera. Para llevar a cabo esta calificación, el juez debe proceder en dos etapas, separables, pero vinculadas. En la primera, analiza las normas de Derecho internacional privado aplicables, determinando qué elementos hacen que una regla pueda ser calificada como concursal y, por tanto, ser aplicada en el procedimiento de insolvencia abierto en el foro. En la segunda fase, verifica si esos elementos se hallan presentes en la regla concreta cuya aplicación se invoca en el procedimiento. En buena lógica, éste debería ser el desarrollo de la exposición de este trabajo. Ahora bien, dado que la calificación de Derecho internacional privado no se realiza en el vacío, sino a la luz de reglas concretas, nos parece que puede resultar más claro comenzar por el análisis de éstas desde una perspectiva de Derecho material comparado. Por ello, en primer lugar estudiaremos la lógica de esta acción de responsabilidad por no instar a tiempo la declaración de concurso, así como la de aquellas otras reglas que hacen responder a los administradores por actuaciones que pueden resultar perjudiciales para los acreedores. Con ello se pretende delimitar si existe o no una tendencia clara a la hora de calificar las normas de protección de acreedores en un sentido u otro (*vid. infra* II). Realizada esta aproximación en el tráfico interno, en un segundo momento incorporaremos el elemento internacional, abordando la calificación de DIPr (*vid. infra* III). Una vez establecidos los criterios de delimitación, la última parte del trabajo estudia la posibilidad de que el Derecho comunitario (en particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre libertad de establecimiento -sentencias *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art-*) obligue a revisar de algún modo las soluciones alcanzadas (*vid. infra* IV).

## 2. ¿Norma societaria o norma concursal?

Una correcta aproximación a esta norma de protección de acreedores pasa por entender cuál es la función que cumple. Así pues, el objeto primero de este epígrafe consiste en distinguir cuáles son los fines (societarios o concursales) a los que sirve la regla de responsabilidad de los administradores por no instar a tiempo la declaración de concurso, con independencia de la sede normativa en que se presente. En esta línea, nuestra aproximación funcional a esta regla se organiza de la siguiente forma: en primer lugar, vamos a describir cuál es el problema, la realidad, que está detrás de este tipo de reglas, que no es otro que el riesgo de que los administradores societarios se embarquen en “huidas hacia adelante” en perjuicio de los acreedores (*vid. infra* 1); una vez hecho esto, examinaremos las distintas configuraciones de la regla en los ordenamientos que la incorporan (*vid. infra* 2); a continuación, la compararemos con otras reglas de responsabilidad que hacen responder administradores frente a los acreedores cuando la sociedad es insolvente (*vid. infra* 3); y por fin, después de este periplo, y a la vista de lo observado, expondremos cuál es la lógica inherente a esta forma de responsabilidad y cómo se manifiesta ésta en determinadas características de las normas (*vid. infra* 4).

## 2.1. El problema de la “huida hacia adelante”

Con carácter general, se puede afirmar que *la insolvencia provoca una escisión en la titularidad de cualquier patrimonio*: mientras que el deudor retiene la titularidad formal o jurídica, *los acreedores se convierten en los titulares económicos o funcionales de unos bienes, cuyo valor es insuficiente para darles satisfacción*. En definitiva, los acreedores se convierten en los destinatarios del escaso valor que pueda quedar allí y, por tal motivo, están llamados a asumir las consecuencias derivadas de su explotación: en definitiva, son ellos los que pierden o ganan -en este último caso, hasta el límite del importe de sus créditos-, cuando disminuye o aumenta el valor de dicho patrimonio. Como es sabido, el Derecho concursal entra, entonces, en juego para coordinar la actuación de los acreedores y poner en sus manos la decisión de cómo explotar el patrimonio concursal<sup>2</sup>. De esta forma, podrán explotar dicho patrimonio como si fueran un único dueño (*v.gr.*, decidiendo si lo reorganizan o lo liquidan)<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta escisión que la insolvencia provoca en la titularidad de cualquier patrimonio aumenta la posibilidad de que se den *comportamientos oportunistas que redistribuyan valor en perjuicio de los acreedores*. En efecto, en estas circunstancias, el deudor puede caer en la tentación de retener la explotación del patrimonio insolvente para gestionarlo conforme a su exclusivo interés, esperando que un golpe de suerte le permita recuperar la solvencia. Es más, en esa situación, concurren en el deudor todos los incentivos para tomar decisiones acerca de la explotación que tienen *ex ante* un valor negativo (p.ej., no instar la declaración de concurso e invertir en proyectos de alto riesgo que le salven de perderlo todo). Son lo que se conocen en el argot financiero como “huidas hacia adelante”. A fin de cuentas, si el proyecto fracasa, el deudor no pierde nada -o al menos, nada más de lo ya perdido una vez que era insolvente-; serán los acreedores los que pierdan, pues verán reducido el valor disponible en el patrimonio para darles satisfacción. Por el contrario, si el proyecto prospera, los acreedores sólo podrán participar en las ganancias generadas hasta el límite del valor de sus créditos, mientras que el deudor se apropiará del resto. Nótese que el problema no está tanto en que el deudor se embarque en operaciones arriesgadas, sino en que *éste puede trasladar los efectos negativos de dichas operaciones sobre los acreedores, sin que aquéllos puedan participar plenamente en los efectos positivos de las mismas*. Tal es, precisamente, el riesgo que el Derecho concursal ha de evitar, articulando los instrumentos necesarios para asegurar que, desde el momento en que se desencadena una situación de insolvencia - y no antes-, el deudor tome las decisiones relativas a la explotación del patrimonio contemplando el interés de sus titulares económicos, los acreedores (p.ej., propiciando que en un tiempo razonable adopte medidas prudentes de saneamiento patrimonial o, si esto no fuera posible, que solicite de inmediato la declaración de concurso). Sólo de este modo se puede alcanzar el objetivo central del concurso: que los acreedores exploten el patrimonio insolvente

---

<sup>2</sup> O al menos, eso es lo que debería permitir un Derecho concursal eficiente. No desconocemos las críticas que se han elevado frente a determinados procedimientos concursales (p.ej., el *Chapter 11* norteamericano), por atribuir demasiado poder a los deudores en estos procedimientos.

<sup>3</sup> BAIRD *et al.*, 1984, pp. 104-106.

como un si fueran un único dueño al objeto de maximizar su valor y, con ello, maximizar el valor conjunto de sus créditos.

Como el fenómeno descrito se encuentra asociado a la escisión de la titularidad del patrimonio insolvente, cabe esperar que se manifieste tanto cuando el deudor sea una persona natural como cuando se trate de una persona jurídica. Ahora bien, dicho esto, lo cierto es que el conflicto adquiere unos tintes particulares cuando el deudor es una sociedad. Entonces, los comportamientos que acabamos de describir se manifiestan en cabeza de los administradores de la sociedad, pero, también, en buena medida, en cabeza de los propios socios<sup>4</sup>. En efecto, desde que la sociedad es insolvente, los administradores deberán contemplar el interés de los acreedores –que, desde ese momento, son, junto a los socios, titulares de dicho patrimonio–, en sus decisiones relativas a la explotación de la sociedad a fin de maximizar su valor. Sin embargo, de nuevo aquí el riesgo es que los administradores se decanten por perseguir sus propios intereses a costa del interés de su nuevo principal embarcándose en las ya conocidas “huidas hacia adelante”. Nótese que si el proyecto tiene éxito, mantendrán sus empleos y se apuntarán el tanto del éxito frente a los socios; sin embargo, si el proyecto fracasa, serán de nuevo los acreedores quienes padezcan las consecuencias del desastre, pues los gestores no perderán más de los que ya perdieron cuando la sociedad devino insolvente (*v.gr.*, su trabajo, su reputación, etc.)<sup>5</sup>. Además, en esta situación, cabe esperar que los administradores cuenten en su actuación con el apoyo silencioso de los otros titulares del patrimonio insolvente, los socios<sup>6</sup>. Y ello porque en esta “huida hacia adelante” no habrán de sufrir quebranto alguno: si el proyecto fracasa, tampoco perderán más de lo que ya perdieron una vez que la sociedad cayó en insolvencia; pero si el proyecto sale adelante, se apropiarán de los beneficios generados en proporción a su participación en la sociedad, una vez descontado el valor correspondiente a los acreedores. De nuevo, los acreedores sólo podrán participar en dichos beneficios hasta el límite del valor de sus créditos.

A la vista de lo anterior, resulta evidente que el riesgo de “huida hacia adelante” se manifiesta con particular intensidad en aquellas sociedades que tienen limitada la responsabilidad. Sólo en estos casos, los socios tienen la certeza de que saldrán indemnes del comportamiento oportunista de los administradores, pues, en principio, la limitación de responsabilidad les pone a salvo de las posibles reclamaciones de los acreedores. En contraste, en las sociedades personalistas dicho riesgo queda neutralizado de una forma bastante natural. Esto se explica por la propia estructura de estas sociedades. En efecto, como los socios responden con su patrimonio personal del pago de las deudas contraídas por la sociedad, cabe esperar que sus incentivos para incurrir en este tipo de comportamientos sean menores que en el caso de las sociedades en las que la responsabilidad de los socios es limitada. La razón salta a la vista: si el proyecto sale mal, los socios –que típicamente suelen ser también los administradores–, pierden más de lo que perderían si no se embarcaran en éste. O dicho de otro modo, asumen las pérdidas de su oportunismo, pues a resultas del daño padecido por el

---

<sup>4</sup> Entre tantos, describen esta situación, WHITE, 1998, p. 485; MÜLBERT *et al.*, 2002, pp. 710-711.

<sup>5</sup> Sobre este comportamiento oportunista de los administradores, *vid.* ADLER, 1995, pp. 586 y 590; BAINBRIDGE, pp. 27-28.

<sup>6</sup> Describen este riesgo de *gambl(ing) with the assets*, JACKSON, 1986, pp. 204-208; HERTIG *et al.*, 2004, p. 73. Asimismo, en términos más generales, *vid.* EIDENMÜLLER *et al.*, 2005, p. 435.

patrimonio de la sociedad, el alcance de su responsabilidad será mayor y, aunque sólo respondan de modo provisional, las perspectivas de recuperación frente a la sociedad de las cantidades satisfechas serán prácticamente nulas. La responsabilidad personal de los socios en este tipo de sociedades se convierte, entonces, en un instrumento adecuado para alinear los intereses de los socios-administradores y de los acreedores en lo que se refiere a la gestión del patrimonio insolvente.

## 2.2. La responsabilidad de los administradores por no instar a tiempo la declaración del concurso: caracterización

Una de las soluciones arbitradas en los distintos ordenamientos para neutralizar los comportamientos que acabamos de describir es *imponer a los administradores de las sociedades insolventes el deber de solicitar la declaración de concurso una vez que la sociedad es insolvente y no existen perspectivas razonables de recuperación. Si los administradores infringen tal deber, deberán reparar los perjuicios ocasionados a los acreedores concursales como consecuencia de haber emprendido dicha "huida hacia delante"*<sup>7</sup>. A la vista está que esta regla tiene una clara eficacia indemnizatoria que opera *ex post*. Pero también puede tener cierta eficacia preventiva: así, la imposición de una bien calibrada responsabilidad contribuye a alinear los intereses de acreedores y administradores que, al tener que reparar el daño causado, tienden a abandonar las estrategias oportunistas<sup>8</sup>.

Dicho esto, lo cierto es que la responsabilidad por no solicitar a tiempo la declaración de concurso *no es la única medida tendente a neutralizar este tipo de comportamientos oportunistas*. No hay que perder de vista otros mecanismos, tanto jurídicos como extrajurídicos, que también contribuyen a moderar esta forma de oportunismo<sup>9</sup>. En efecto, de una parte, contamos con el juego de mecanismos extrajurídicos, como la reputación, que puede ayudar a alinear los intereses de los administradores y de los acreedores<sup>10</sup>. Y de otra, cuando los mecanismos extrajurídicos no son suficientes, además de la mencionada responsabilidad, entran en juego otros mecanismos jurídicos. Nos estamos refiriendo a las inhabilitaciones que sancionan el comportamiento inadecuado en el que incurren aquellos que mantienen un patrimonio insolvente en el tráfico sin adoptar ninguna medida que ponga remedio a la situación de forma razonable (*v.gr.*, acometiendo medidas prudentes de saneamiento o declarando el concurso)<sup>11</sup>. Estas inhabilitaciones suelen configurarse de forma similar en los distintos ordenamientos: imponiendo a los administradores determinadas prohibiciones relacionadas con el ejercicio de las tareas de administración o con el propio ejercicio del comercio [*vid.*, p.ej., en el caso español, las inhabilitaciones para representar a terceros, para administrar patrimonios ajenos, para ejercer comercio o para ser socio de una sociedad, asociadas a la declaración del concurso como culpable (art. 172.2.2. LC y art. 13.2 C de

<sup>7</sup> WHITE, 1998, p. 485; HERTIG *et al.*, 2004, pp. 73-74.

<sup>8</sup> Sin embargo, algunos autores dudan de la eficacia de estas normas, pues insisten en que se dan circunstancias que limitan de manera considerable su aplicación. Para un apunte, *vid.* HERTIG *et al.*, 2004, p. 90.

<sup>9</sup> Asimismo, no desconocemos que los distintos modelos barajan tanto incentivos positivos como negativos. Se trata de la conocida estrategia de "palo y zanahoria". Para simplificar el discurso, hemos preferido centrarnos aquí en los negativos, que son aquéllos entre los que se sitúa la acción de responsabilidad que estamos analizando. Para un breve apunte de los positivos, *ibid.*, p. 74.

<sup>10</sup> ENRIQUES *et al.*, 2001, p. 1171 precisan que en el caso de las sociedades abiertas, el *constraint* reputacional al que se sujetan los administradores contribuye, en buena medida, a minimizar dicho riesgo.

<sup>11</sup> HERTIG *et al.*, 2004, p. 73.



C); en el caso inglés, la *disqualification* aplicable a los administradores de la sociedad insolvente; o en el caso francés, lo dispuesto en el art. L-653-8 del *Code de commerce*, etc.]<sup>12</sup>.

Entre las acciones diseñadas por los distintos legisladores nacionales para neutralizar esta forma de oportunismo se encuentran, precisamente, aquellas que son objeto de nuestro estudio: la *action en comblement du passif* francesa, que entre otros supuestos, se activa cuando los administradores no cumplen con la obligación de solicitar en un plazo determinado la apertura de determinados procedimientos concursales y dicho incumplimiento ocasiona un daño<sup>13</sup>; la acción por *wrongful trading* del Derecho inglés, consagrada en la s. 214 *Insolvency Act*<sup>14</sup>; la responsabilidad *ex § 823 II BGB* a resultas del incumplimiento del deber de solicitar el concurso establecido para las sociedades de capital (*vid.* § 92 II AktG y § 64 I GmbHG)<sup>15</sup>; o, en el Derecho español, la responsabilidad *ex art. 172.3 LC* establecida en sede de liquidación, entre otros supuestos, para el caso en que los administradores de las sociedades hayan infringido el deber de manifestarse en estado de concurso, estando incurso la sociedad en una situación de insolvencia actual (art. 5 LC)<sup>16</sup>. No obstante, a pesar de su presencia en estos cuatro ordenamientos, conviene hacer notar que esta forma de responsabilidad no tiene una vigencia universal en los sistemas jurídicos del ámbito comunitario. Hasta lo que nos ha sido posible averiguar, no existe, por ejemplo, en Dinamarca<sup>17</sup>. Y dejando al margen la acción consagrada en el art. 2486 *Codice civile* (en adelante, *Cod.civ.*)-la acción de responsabilidad frente a los administradores por no disolución-, lo mismo ocurre en Italia. Este dato es, precisamente, el que ha llevado a los redactores del informe *Winter* a recomendar la introducción en el ámbito europeo de una regla análoga al *wrongful trading*, pues

<sup>12</sup> Respecto del Derecho español, por todos, *vid.* BELTRÁN *et al.*, 2004, pp. 3104-3111. Respecto de la *disqualification* inglesa de los administradores, *vid.* GOODE, 1997, pp. 477-493. Respecto del Derecho francés, *vid.* SCHÖDERMEIER *et al.*, 2003, p. 246.

<sup>13</sup> SCHÖDERMEIER *et al.*, 2003, p. 246 y pp. 287-289. La reforma de 26 de julio de 2005 ha cambiado la denominación de esta acción, que pasa a llamarse *action en responsabilité pour insuffisance d'actif* (art. L. 651-2). Sobre el alcance de la reforma y la relación de esta acción con la llamada *obligation aux dettes sociales* (art. L. 652-1) que puede imponerse a los administradores de una sociedad en sustitución de la vieja *extension-sanction*, LE CANNU, 2005, pp. 743 ss., en particular, pp. 752-758. En la doctrina francesa se reconoce a esta acción tanto una función reparadora como sancionatoria. Así, antes de la reforma, RIPERT *et al.*, 1996, p. 1297. Por su parte, SCHÖDERMEIER *et al.*, 2003, p. 246 y pp. 287-289, la califica de sanción patrimonial que cubre el daño causado a los acreedores.

<sup>14</sup> GOODE, 1997, p. 459. Respecto del carácter compensatorio de esta acción, *ibid.*, p. 475.

<sup>15</sup> Para un buen análisis comparado de la regla de la *wrongful trading*, la *action en comblement du passif* y la *Insolvenzverschleppungshaftung*, *vid.* HABERSACK *et al.*, 2004, pp. 174 ss., *passim*. En particular, *ibid.*, p. 207 ponen de manifiesto la inercia concursal de todas estas acciones.

<sup>16</sup> La insolvencia inminente no activa el deber de manifestarse en estado de concurso. Así, por ejemplo, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2004, pp. 194-195 y 202; PERDICES, 2005, pp. 3 y 5. Por otra parte, también se discute entre los autores españoles la naturaleza sancionatoria o meramente indemnizatoria de esta acción. Entre quienes sostienen su naturaleza punitiva o sancionatoria, *vid.* GARCÍA CRUCES, 2005, pp. 271-280; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2004, pp. 714-715; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2004, pp. 241-215; VICENT CHULLÁ, 2006, pp. 57-58. Por contra, entre quienes sostienen su carácter indemnizatorio, *vid.* ALONSO UREBA, 2004, pp. 1445-1448; MAMBRILLA, 2004, p. 2860. Considera, sin embargo, que se trata de una responsabilidad por deudas de la que se podría deducir una naturaleza sancionatoria, MARÍN DE LA BÁRCENA, 2005, pp. 117-118.

<sup>17</sup> CHRISTENSEN, 2003, pp. 186-187, quien, al analizar las regla de responsabilidad de los administradores en las situaciones de insolvencia remite al régimen general del derecho societario.

la consideran una pieza clave del buen gobierno corporativo llamada a aumentar la confianza de los acreedores<sup>18</sup>.

Prescindiendo de las particularidades que puedan presentar cada una de estas reglas en los distintos ordenamientos en los que se encuadran, todas ellas comparten una serie de *elementos comunes*. Así las cosas, puesto que la responsabilidad se basa en la existencia de un daño sobre ese patrimonio insolvente del que es titular económico un conjunto de acreedores, se entiende que, por una parte, estas acciones confieran a los acreedores *una protección de carácter colectivo que alcanza a todos los acreedores concursales* y, por otra, que se trate de *una protección típica del procedimiento concursal*. La protección es de carácter colectivo pues permite reintegrar al patrimonio insolvente el valor perdido a resultas del comportamiento oportunista de los administradores, para que, a continuación, sea distribuido entre los acreedores conforme a las reglas del concurso<sup>19</sup>. La protección alcanza a todos los acreedores concursales porque todos se ven perjudicados por la reducción del valor disponible en el patrimonio insolvente. A fin de cuentas, todos ellos son dueños (económicos) de dicho patrimonio y son, en definitiva, los que sufren el daño cuando éste pierde valor. De ahí que sean ellos quienes puedan reclamar directamente esta protección (normalmente, a través de la administración concursal). A tales efectos, será indiferente que los acreedores sean titulares de deudas existentes en el momento en que se manifiesta el estado de insolvencia o que lo sean de deudas que surjan con posterioridad a este momento (aunque, claro está, siempre antes de la declaración de concurso)<sup>20</sup>. Por lo que se refiere a su vinculación al procedimiento concursal, ésta no resulta extraña: puesto que el daño se hará evidente una vez que se declare el concurso, al no haberse podido remontar la situación de

---

<sup>18</sup> Así, *vid. Report of High Level Group of Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruselas, 2002, pp. 9, 15, 68-69. Sin embargo, manifiestan sus reservas respecto de la posibilidad de extender la versión inglesa de esta regla al resto de los ordenamientos comunitarios recurriendo a argumentos que no siempre podemos compartir, HABERSACK *et al.*, 2004, pp. 206-215.

<sup>19</sup> Curiosamente, en el Derecho francés el reparto se produce a prorrata entre todos los acreedores (art. L 651-2 del *Code de commerce*).

<sup>20</sup> Respecto del carácter colectivo de la acción, en el Derecho inglés, GOODE, 1997, p. 459 señala que la consecuencia jurídica del *wrongful trading* es una responsabilidad civil que obliga a los administradores a realizar un pago que acrece el valor de la masa concursal. En el Derecho alemán, *vid. ULMER*, 1991, pp. 433 y 435, donde se pone de manifiesto que esta acción cubre el daño producido a la masa a resultas de la no apertura a tiempo del concurso; asimismo, *vid. SCHMIDT*, 1997b, p. 463, RdN. 884, quien apunta la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de estas acciones por tratarse de un daño colectivo (*Gesamtschaden*) *ex* § 92 *InsO*, *ibid.*, RdN. 888, pp. 466-467; sobre la legitimación de la administración concursal para ejercitar este tipo de acciones por daño colectivo, *vid. nota* n° 52. En el Derecho francés, *vid. SCHÖDERMEIER et al.* 2003, pp. 288-289 donde se señala, por una parte, que el criterio de imputación de la *action en comblement du passif* es la comisión de una *faute de gestion*, que provoca una disminución de los bienes de la sociedad y, por otra, que el valor así recuperado se reintegra al patrimonio del deudor. Entre nosotros, llega a las mismas conclusiones GARCÍA-CRUCES, 2004, p. 2598 quien señala que “corresponderá a la administración concursal realizar esa responsabilidad concursal a favor de la masa activa” y que “la satisfacción de esta responsabilidad por el fallido concursal deberá actuarse en el concurso y a favor de la administración concursal, de tal modo que en la distribución de las cantidades entre los acreedores se apliquen las reglas previstas legalmente”.

crisis, se entiende que estas acciones reparadoras sólo pueden ejercitarse una vez abierto el procedimiento concursal<sup>21</sup>.

Asimismo, tal y como avanzábamos en el apartado anterior, estas acciones se imponen típicamente a los administradores de las sociedades que tengan limitada la responsabilidad. Y es razonable que así sea pues, como veíamos, la limitación de responsabilidad constituye un terreno abonado para que se den este tipo de comportamientos oportunistas (*vid. supra* 1). Particularmente reveladores de lo dicho son los ejemplos que nos proporcionan la *wrongful trading* inglesa, reservada en principio para los administradores de las *companies*, y no aplicable a las *partnerships*, cuyo concurso queda sujeto a las reglas del concurso de las personas individuales<sup>22</sup>; o la responsabilidad derivada de la *Insolvenzantragspflicht*, del Derecho alemán, cuyo juego alcanza, entre otras, a sociedades anónimas, a sociedades de responsabilidad limitada, así como a determinadas sociedades de personas en las que no haya ningún socio que sea persona natural<sup>23</sup>. No obstante, es forzoso reconocer que en algunos ordenamientos como el francés o el español, el legislador ha dejado abierta la posibilidad de que esta responsabilidad pueda imponerse a los administradores de cualquier sociedad, al no hacer distinción alguna entre los gestores de los distintos tipos sociales. Algunos autores confiesan abiertamente que los destinatarios principales de la acción serán los administradores de las sociedades de capital. Ahora bien, a reglón seguido tratan de justificar el amplio tenor literal de la norma argumentando que la regla también puede ser de utilidad en aquellos casos -ciertamente, menos habituales-, de administradores de las sociedades de personas que no sean socios (organicismo de terceros)<sup>24</sup>.

Dejamos para mejor ocasión el análisis del papel que frente a este oportunismo de los administradores podría seguir desempeñando la responsabilidad personal de dichos socios: cabe pensar que ésta podría llevarles a vigilar más estrechamente sus actividades y la situación patrimonial de la sociedad para evitar incurrir en una mayor responsabilidad. Incluso, al menos conforme al Derecho español, podrían poner freno a la estrategia oportunista instando la declaración de concurso de la sociedad *ex art.* 3.3 LC.

Esta estrecha conexión entre las reglas que estamos examinando y la responsabilidad limitada es la que ha llevado a una parte importante de la doctrina alemana a considerar que la *Insolvenzantragspflicht*, así como la responsabilidad asociada a la misma son reglas ancilares de la disciplina del capital y, en consecuencia, a dar por sentado su carácter estrictamente societario. En este sentido, la regla de responsabilidad por no declarar a tiempo el concurso equivaldría a otras reglas de responsabilidad de administradores, como la de responsabilidad por el desembolso de las aportaciones, que contribuyen a hacer efectiva la disciplina del capital<sup>25</sup>. Así,

---

<sup>21</sup> En el Derecho español, por ejemplo, *vid.* ALONSO UREBA, 2004, pp. 1436-1437; GARCÍA-CRUCES, 2005, pp. 266-267. Respecto de la acción por *wrongful trading*, *vid.* GOODE, 1997, p. 464; respecto de la responsabilidad *ex § 823 BGB*, SCHMIDT, 1997b, p. 463, RdN. 884, poniendo de manifiesto los problemas que se plantean en aquellos casos en los que se rechace la apertura del concurso por falta de masa.

<sup>22</sup> GOODE, 1997, p. 6.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* SCHMIDT, 2004, pp. 639-640, citando §§ 130a y 177a HGB. La regla se extiende también a las asociaciones (§ 42 BGB).

<sup>24</sup> RIPERT *et al.*, 1996, pp. 1295-1296.

<sup>25</sup> Por ejemplo, *vid.* SPINDLER *et al.*, 2004, p. 12; ULMER, 2004, p. 300.

de la misma manera que cuando no se desembolsan correctamente las aportaciones, los administradores de la sociedad responden por el desembolso irregular, cuando se volatilizan los activos existentes en la sociedad -porque ésta es insolvente-, se hace responder a los administradores por la no apertura a tiempo del procedimiento concursal. Sin embargo, en realidad, *más que ante una norma accesorio de la disciplina del capital, estamos ante una regla que opera al margen de ésta*, protegiendo a los acreedores a partir de un determinado momento, esto es, el momento en que se desencadena la insolvencia, y de una forma, también, singular: obligando a reparar el daño causado a los acreedores cuando los administradores no gestionan ese patrimonio tomando en consideración su interés (*i.e.*, adoptando medidas de saneamiento que permitan remover la insolvencia cuando ello sea razonablemente posible o, en caso contrario, solicitando derechamente la declaración de concurso)<sup>26</sup>. En efecto, cuando se insiste en la idea de que se trata de una regla societaria porque en ordenamientos, como el alemán, sólo los administradores de las sociedades de capital deben responder, se olvida que *esta regla también está presente en ordenamientos donde la disciplina del capital no existe para asegurar la posición de los acreedores de aquellas sociedades en las que la responsabilidad de los socios está limitada* (p.ej., la acción por *wrongful trading* del Derecho inglés, aplicable a las *private limited companies*, que no están sujetas a la misma). En realidad, lo que pone de manifiesto la presencia de esta regla de responsabilidad por no declaración de concurso junto a las reglas asociadas a la disciplina del capital, *son las propias limitaciones de esta última para dar respuesta al problema de oportunismo ya descrito*<sup>27</sup>. En efecto, la regla que estamos analizando *nada tiene que ver con la disciplina del capital, pues no trata de reservar un determinado valor a la satisfacción de los acreedores*, evitando su disposición por parte de los socios (o, en determinados ordenamientos nacionales, estableciendo mecanismos de responsabilidad para los casos de no disolución; *vid.*, por ejemplo, art. 262.5 LSA)<sup>28</sup>. Como hemos visto, se trata, más bien, de neutralizar el riesgo de que los administradores puedan emprender una “huida hacia delante” una vez que el valor del patrimonio social cae por debajo del valor de su endeudamiento, esto es, una vez que la sociedad es insolvente (*vid. supra* 1). Entonces, como ya sabemos, la solución al problema exige a los administradores que contemplen el interés de los acreedores en la gestión del patrimonio insolvente al objeto de maximizar el valor del patrimonio insolvente y, con ello, maximizar el valor agregado de los créditos.

### 2.3. Otras reglas de responsabilidad al servicio de los acreedores

Un dato importante a tener en cuenta cuando se analiza esta acción de responsabilidad de los administradores por el retraso en la declaración de concurso es que *no se trata de la única acción que protege los intereses de los acreedores una vez que la sociedad es insolvente*. En rigor, esta acción de responsabilidad convive con un nutrido grupo de acciones que tutelan de forma diversa el interés de estos sujetos. Procede, pues, conocer cuáles son éstas para entender que papel desempeña

---

<sup>26</sup> Nótese que no se trata de abrir en todo caso el concurso. Insiste sobre esta cuestión, SCHMIDT, 1997b pp. 276-277.

<sup>27</sup> Constatan dichas insuficiencias MÜLBERT *et al.*, 2002, pp. 712-713.

<sup>28</sup> De hecho, GONDRA, 2005, pp. 46-47, reconoce que la protección que brinda la disciplina del capital a los acreedores se limita a fijar una barrera a la distribución, que evite manipulaciones del patrimonio social por parte de socios y administradores. Particularmente críticos con la “extensión” de la disciplina del capital que representa el art. 262.5 LSA y otros preceptos análogos se manifiestan ENRIQUES *et al.*, 2001, pp. 1183-1184.

cada una de ellas en el concurso de la sociedad. Una vez hecho esto, estaremos en disposición de calificar cada una de estas reglas como normas societarias o como normas concursales, en atención a la función que desempeñen realmente (*vid. infra* 4).

En términos generales, en las situaciones de insolvencia, junto a la regla que centra nuestro interés, pueden concurrir otras tres reglas que hacen responder a los administradores de la sociedad frente a sus acreedores, brindándoles protección, sea de forma indirecta, sea de forma directa. Éstas son la acción social de responsabilidad [*vid. infra* a)]; la acción individual de responsabilidad [*vid. infra* b)]; y la responsabilidad por no instar la disolución [*vid. infra* c)].

a) En efecto, en primer lugar, nos encontramos con la *acción social de responsabilidad que los acreedores pueden ejercitar desde que la sociedad es insolvente*. Ésta brinda a los acreedores una *protección o tutela indirecta de sus intereses*<sup>29</sup>. Decimos que esta tutela es indirecta porque el interés de los acreedores en dar satisfacción a sus créditos resulta protegido a través de la protección que se brinda a un interés distinto, a saber, el de la sociedad. En efecto, cuando los socios accionan frente a los administradores que, en el ejercicio de su gestión, han causado un daño en el patrimonio de la sociedad, esta actuación benéfica no sólo a los socios, sino también a los acreedores, en la medida en que acrece el valor de su garantía patrimonial. Este efecto resulta particularmente importante *cuando la sociedad se encuentra en estado de insolvencia*, pues entonces cualquier valor restaurado al patrimonio societario tiene como primeros destinatarios al colectivo de acreedores, sus titulares económicos. Adviértase, además, que a la vista de esa situación de insolvencia, cabe esperar que los socios tengan pocos incentivos para promover una acción cuyo provecho tiene a otros como destinatarios inmediatos. De ahí el interés de atribuir a los acreedores, desde que la sociedad es insolvente, la posibilidad ejercitar cualquier pretensión de reparación del patrimonio societario que, hasta ese momento, sólo correspondía a sus titulares formales (los socios) y que no ha sido ejercitada<sup>30</sup>.

Considerar a los acreedores titulares económicos del patrimonio insolvente y, por ende, de la sociedad no significa que haya que imponer a los administradores de la sociedad un deber de contemplar su interés junto al de los socios cuando ronda la amenaza de la insolvencia (siendo la sociedad aún solvente). Lo único que decimos es que desde el momento en que una sociedad es insolvente, los acreedores, en su calidad de titulares económicos del patrimonio social, también podrán exigir que se repare el daño ocasionado al patrimonio social. En principio, los deberes que los administradores han de observar en su gestión al frente de la sociedad no cambian por el hecho de que la sociedad pueda encontrarse próxima a la insolvencia. En las inmediaciones de la insolvencia, los acreedores, -al menos los contractuales-, se siguen protegiendo a través de las garantías pactadas y frente a las eventuales actuaciones fraudulentas o perjudiciales en las que pudiera incurrir deudor cuentan con una protección *ex post* bastante eficaz (*i.e.*, las acciones revocatorias concursales)<sup>31</sup>. Ya en situación de insolvencia, tal y

---

<sup>29</sup> Sobre el carácter indirecto de esta acción, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, 2005, pp. 376-377; JUSTE, 2005, p. 149.

<sup>30</sup> Así, GOODE, 1997, pp. 454-456, señalando que carecería de valor cualquier ratificación que los socios pudieran hacer del comportamiento desleal de los administradores una vez que la sociedad es insolvente, pues, entonces, los acreedores ya no serían sus *real owners*. Entre nosotros, *vid.* las consideraciones de SÁNCHEZ CALERO, 2005, pp. 372-374, al analizar la subsidiariedad de la legitimación reconocida a los acreedores.

<sup>31</sup> Compartimos las ideas expresadas en este punto por BAINBRIDGE, pp. 35-38 donde critica las sentencias relacionadas con el asunto *Credit Lyonnais*, que apostaban por crear en cabeza de los administradores de la

como hemos visto, los administradores deberán instar la declaración de concurso si no pueden adoptar ninguna medida razonable para restaurar la capacidad financiera de la sociedad.

En el ordenamiento jurídico español, esta tutela indirecta de los acreedores se hace efectiva a través de la legitimación que, en el caso particular de las sociedades de capital, se les reconoce para ejercitar la acción social de responsabilidad desde el momento en que la sociedad es insolvente (*vid.*, art. 134.5 LSA, así como art. 69 LSRL). Aunque desde otros esquemas, en otros sistemas jurídicos también se llega a soluciones análogas: así, por ejemplo, en el Derecho inglés, los tribunales reconocen que los deberes que los administradores tienen hacia la sociedad se deben asimismo, aunque de forma indirecta, a sus acreedores desde el momento en que la sociedad es insolvente –ya sea porque la sociedad era insolvente en el momento en el que tiene lugar el comportamiento lesivo, o sea porque deviene insolvente a resultas de tal comportamiento-, y que dicha lesión genera una responsabilidad<sup>32</sup>; en el ordenamiento jurídico alemán se reconoce a los acreedores la posibilidad de accionar frente a los gestores que le hayan ocasionado un daño a la sociedad (*vid.*, p.ej., § 93.5 AktG)<sup>33</sup>; en el ordenamiento italiano, los acreedores son titulares de una acción de responsabilidad frente a los administradores “*per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale*” cuando “*il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*” *ex art. 2394 Cod. civ.*, que convive con la acción social de responsabilidad por los daños ocasionados a la mismas a resultas de la infracción de deberes legales y estatutarios *ex arts. 2392, 2393 y 2393 bis*.

La doctrina mayoritaria italiana considera que la acción atribuida a los acreedores en el art. 2394 *Cod.civ.* es una acción diferente de la consagrada en el art. 2393 *Cod.civ.* en favor de la sociedad. A su juicio, esta conclusión se reforzaría a la vista del tenor literal de los preceptos mencionados<sup>34</sup>. A favor de esta solución se argumenta que, al quedar convertida en una acción autónoma se libera a los acreedores del riesgo de que los administradores pudieran oponerles las excepciones que tendrían frente a la sociedad (p.ej., que la sociedad hubiera renunciado a ejercitar la acción frente a ellos)<sup>35</sup>. Ahora bien, como reconocen algunos autores, salvo por los

---

sociedad unos deberes fiduciarios en interés de los acreedores *in the vicinity of insolvency*. Sobre el valor de las acciones revocatorias concursales en este punto, *vid.* CLARK, 1986, pp. 35 y ss.

<sup>32</sup> GOODE, 1997, pp. 454-455, donde, para ilustrar lo expuesto cita el caso *Winkworth v. Edward Baron Development Co. Ltd.*, del que deduce la siguiente idea “...even in relation to existing creditors it is important to bear in mind that the duties are owed to them through the company, not directly, and their interests are protected by proceedings in the name of the company to which ratification of the breach of duty by shareholders is no defence”.

<sup>33</sup> La naturaleza de esta acción no está clara en la literatura alemana: mientras que para algunos autores trataría de una acción *ex iure proprio* que se concede a los acreedores para tutelar su interés, para otros, se trataría de una acción que ejercitan los acreedores usando el derecho que les confiere la sociedad. Constata la polémica HOPT, 1999, p. 185, RdN. 396-398. Este autor, al igual que HÜFFER, 1995, pp. 382-383, RdN. 31-33, consideran que los acreedores disponen de una acción propia.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, *vid.* FRÈ, 1964, pp. 427 ss., p. 428 o GALGANO, 1978, pp. 142-143, para quien se trata de una regla de responsabilidad por hecho ilícito, que remite al art. 2043 *Cod.civ.* Más reciente, es la opinión de BONELLI, 1991, pp. 439-443, en el sentido de distinguir entre ambas acciones. Sin embargo, apunta alguna idea en contra NIGRO, 2006, arts. 2484-2485, p. 31. Agradecemos al autor la gentileza de habernos remitido el texto del comentario antes de su publicación.

<sup>35</sup> GALGANO, 1978, p. 145. Sin embargo, *vid. supra* nota nº 30.

presupuestos para el ejercicio (*i.e.*, existencia de una situación de insolvencia), en realidad, esta acción tiene el mismo alcance que la acción social de responsabilidad<sup>36</sup>.

b) En segundo lugar, los acreedores disponen de acciones para reparar del daño que los administradores de la sociedad deudora les pueden ocasionar *directamente en su patrimonio a resultas del ejercicio de su cargo*<sup>37</sup>. En estos casos, la situación patrimonial en la que se encuentra la sociedad es irrelevante para que el acreedor pueda ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad frente a los administradores. Ahora bien, eso en nada obsta para reconocer que la existencia de una situación de insolvencia puede constituir un terreno abonado para que proliferen los comportamientos lesivos para el interés de los acreedores. Esto es, por ejemplo, lo que sucede cuando en una situación de insolvencia, y antes de que la sociedad sea declarada en concurso, los administradores de la sociedad insolvente siguen contrayendo obligaciones –las llamadas “nuevas obligaciones”–, sin revelar a su contraparte el estado en el que se encuentra la sociedad, y ésta, de haberlo sabido, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en otras condiciones<sup>38</sup>.

Este supuesto ha sido tratado por la jurisprudencia alemana como un supuesto de infracción del deber de manifestarse en estado de concurso. Sin embargo, en rigor, constituye un supuesto de daño directo que da lugar a la responsabilidad de los administradores por el daño causado sobre el patrimonio de los nuevos acreedores<sup>39</sup>. Estos acreedores son titulares de una pretensión indemnizatoria por el *total* del daño sufrido a resultas de la contratación con un insolvente que no reveló su situación y que, en el sistema alemán, habría de articularse a través de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. La diferencia con la responsabilidad por el daño causado a resultas de la no declaración de concurso es importante: como hemos visto, en este caso, los administradores sólo indemnizan un daño colectivo, esto es, el que ocasionan al conjunto de bienes al desconocer los intereses de los acreedores en la gestión del patrimonio insolvente y los acreedores sólo tienen derecho a recibir la parte proporcional que les corresponda de las cantidades reintegradas a la masa activa del concurso. En una destacada sentencia de 6-VI-1994, el Tribunal Supremo alemán reconoce el distinto alcance del daño, así como de la correspondiente indemnización, pero sigue vinculando la protección de los acreedores a la infracción del deber de no manifestarse a tiempo en concurso (§ 64 I GmbHG y § 823.2 BGB).

En el derecho español, esta responsabilidad se articula a través de la llamada *acción individual de responsabilidad* (*vid.*, art. 135 LSA). En realidad, este precepto es sólo una norma declarativa. A través de él se recuerda que los administradores no sólo responden frente a la sociedad, sino también frente a cualquier sujeto que sufra un daño a resultas de su actuación. Y como no puede ser de otra forma, los administradores responden conforme al régimen general de las

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>37</sup> Esta distinción está clara en la doctrina. Así, por ejemplo, ESTEBAN VELASCO, 2005, pp. 158-159; SÁNCHEZ CALERO, 2005, pp. 382-383.

<sup>38</sup> Entre nosotros, reconducen a la acción individual de responsabilidad la indemnización del daño ocasionado por los administradores cuando inducen a un tercero a contratar mediante informaciones falsas acerca de la solvencia de la sociedad ESTEBAN VELASCO, 2005, pp. 182-183 y 188-192; SÁNCHEZ CALERO, 2005, p. 389; MARÍN DE LA BÁRCENA, 2005, p. 120. Aunque desde otra comprensión de la acción individual, también, ALFARO, 2002, pp. 67-69. En el derecho alemán, entiende que constituye un supuesto de *Aussenhaftung des Geschäftsführers*, SCHMIDT, 1997a, pp. 1083-1085.

<sup>39</sup> Con toda claridad, SCHMIDT, 1997b, pp. 461 ss., RdN. 885-887, pp. 464-466.

obligaciones contractuales o extracontractuales<sup>40</sup>. Este esquema se reproduce en otros ordenamientos: así, en el Derecho italiano, se recoge una previsión similar a la española en el art. 2395 *Cod.civ.*, mientras que en el Derecho alemán, aunque no existe una previsión específica al respecto, la doctrina reconoce que cabe imponer a los administradores una *Aussenhaftung* o responsabilidad externa por los daños ocasionados en su gestión sobre el patrimonio de terceros<sup>41</sup>.

c) En tercer lugar, algunos ordenamientos jurídicos protegen directamente a los acreedores frente a los riesgos que resultan de no promover a tiempo la disolución de una sociedad de capital cuando concurre una causa de disolución. A tales efectos, se impone a los administradores de dichas sociedades una responsabilidad que se desencadena por incumplir el deber legal de disolver la sociedad. Esto es, por ejemplo, lo que sucede en el sistema español (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, recientemente reformados para hacer responder a los administradores de las obligaciones contraídas después de que resulte infringido dicho deber), donde se establece *una suerte de fianza legal, de carácter solidario, instituida a favor de los acreedores* perjudicados por el incumplimiento del deber<sup>42</sup>. Este deber adquiere una particular relevancia en las situaciones de insolvencia porque una de las causas de disolución de las sociedades de capital es, precisamente, la existencia de pérdidas que hayan dejado reducido el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de la cifra de capital social (arts. 260.1.4 LSA y 104.1e) LSRL). Como es fácil de imaginar, en no pocos supuestos estas pérdidas revelan la existencia de una situación de insolvencia (inminente) en la que el incumplimiento del deber de promover la disolución –o, alternativamente, de declararse en concurso– desatará la responsabilidad de los administradores por el endeudamiento contraído con posterioridad a la concurrencia de dicha causa de disolución<sup>43</sup>.

La redacción que la Ley concursal ha dado a los arts. 260.1.4, 262.2 y 262.5 LSA, así como a los arts. 104 y 105 LSRL ha suscitado una gran discusión en la doctrina española. Como se ha apuntado, y dejando al margen la limitación de la responsabilidad a las obligaciones posteriores, la nueva redacción de los preceptos sólo pretendía poner de manifiesto que, una vez que concurren pérdidas que dejen reducido el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de la cifra del capital social, los administradores concursales deben, bien promover la disolución de la sociedad o bien solicitar la declaración de concurso si dichas pérdidas han colocado a la sociedad en situación de insolvencia. Dicho en otras palabras, la declaración de concurso se convierte en un sustitutivo de la disolución e instado éste, no se activará la responsabilidad por incumplimiento del deber de promover aquella. Ahora bien, nótese que si el deudor se encuentra en un estado de insolvencia actual, *no es que los administradores puedan* solicitar la declaración de concurso de forma alternativa a la disolución, *sino que deben solicitar la declaración de*

<sup>40</sup> ALFARO, 2002, pp. 48-53, aunque su posición en este punto es doctrina minoritaria.

<sup>41</sup> Sobre la llamada *Aussenhaftung des Geschäftsführers*, *vid.*, p.ej., SCHMIDT, 1997a, pp. 1082-1089.

<sup>42</sup> La bibliografía española en esta materia es ingente. Para el propósito de este trabajo basta con señalar que, por ejemplo, ROJO, 2002, pp. 1437-1441 y 1450 entiende que se trata de una responsabilidad *ex lege*, solidaria y de carácter sancionatorio. Considera que esta responsabilidad hace a los administradores garantes solidarios de las deudas de la sociedad BELTRÁN, 2005, pp. 243-245, entendiendo que se trata de una sanción civil. Asimismo, *vid.* VICENT CHULIÀ, 2006, pp. 33-38. De “fianza legal” la califica CAMPINS, 2004, p. 1532.

<sup>43</sup> Con toda claridad, PERDICES, 2005, pp. 5-7.



*concurso* si no quieren sufrir las consecuencias que se derivan del incumplimiento de dicho deber, esto es, la responsabilidad contemplada en el art. 172.3 LC<sup>44</sup>.

También el Derecho italiano contempla una responsabilidad por no instar la disolución: el art. 2486 *Cod.civ.*, que ha sustituido al viejo art. 2449 *Cod.civ.*, y que desde la reforma del año 2003 hace responder a los administradores por los daños ocasionados a la sociedad, a los socios, a los acreedores y a los terceros. En su nueva versión, se confiere a esta forma de responsabilidad un tratamiento que resulta análogo, en el caso de los daños ocasionados a la sociedad, a la acción social de responsabilidad, y en el caso de los daños ocasionados a socios, acreedores y terceros, a la llamada acción individual de responsabilidad<sup>45</sup>.

Respecto de la responsabilidad establecida en el art. 2449 *Cod.civ.*, la doctrina señalaba que, estando la sociedad incurso en causa de disolución, los administradores no podían seguir ejercitando la actividad empresarial y, por ello, si lo hacían, se les imponía la correspondiente responsabilidad<sup>46</sup>. Sin embargo, la reforma del año 2003 ha eliminado la prohibición de nuevas operaciones una vez que la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución. Este dato explica que se haya reformulado la responsabilidad que ahora se impone a los administradores en el nuevo art. 2486 *Cod.civ.* por no instar la disolución: los administradores responden de los daños ocasionados a la sociedad, a los socios y a terceros hasta que pongan el patrimonio societario en manos de los liquidadores. Esto es tanto como decir que, mientras no procedan a la disolución, los administradores responden por cualesquiera daños que puedan ocasionar si infringen el deber que se les impone de gestionar la sociedad a los solos fines de conservar la integridad y el valor del patrimonio social.

Sin embargo, estas formas de responsabilidad no se manifiestan en todos los ordenamientos. Así, por ejemplo, no la encontramos en el Derecho inglés, pero tampoco en el Derecho alemán que, en este punto, se ha limitado a recoger la más liviana previsión de la Segunda Directiva que sólo exige que los socios discutan en junta las medidas que han de tomarse ante la existencia de pérdidas serias<sup>47</sup>.

En efecto, el ordenamiento alemán, el § 92 I AktG se limita a imponer a los administradores un deber de informar a la junta sobre la existencia de pérdidas que dejen reducido su patrimonio por debajo de la mitad de la cifra de capital, pero no impone un deber de instar la disolución. Esto significa que, una vez cumplido con ese deber de informar, la junta decidirá si procede remover la causa de disolución aumentando capital, o bien, si procede adoptar el correspondiente acuerdo de disolución *ex* § 262 I.2 AktG<sup>48</sup>. El incumplimiento de este deber de anuncio por parte de los administradores no genera responsabilidad alguna en beneficio (directo) de los acreedores, pero sí podría legitimar a la sociedad,

---

<sup>44</sup> De nuevo, PERDICES, 2005, pp. 3-7.

<sup>45</sup> VID. Reforma delle Società (D.legs. 17-I-2003). Reconoce NIGRO, 2006, art. 2486, pp. 5-6 que la vieja responsabilidad del art. 2449 *Codice civile* se convierte en una pura responsabilidad resarcitoria, análoga a la contemplada en los arts. 2392 y ss. *Cod. civ.* para la sociedad anónima, y art. 2476 *Cod.civ.*, para la sociedad de responsabilidad limitada. Entre nosotros, da noticia de esta modificación legislativa VICENT CHULLÀ, 2006, pp. 43-44.

<sup>46</sup> Por todos, GALGANO, 1978, p. 70.

<sup>47</sup> ENRIQUES *et al.*, 2001, pp. 1183-1184.

<sup>48</sup> Por todos, *vid.* HÜFFER, 1995, pp. 366-367, § 92, RdN. 1.

auténtica destinataria de la protección consagrada en § 92 I AktG, para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad *ex* § 93 II AktG,<sup>49</sup>.

## 2.4. La manifestación de la lógica concursal

La vinculación de la regla que hace responder a los administradores por no declarar a tiempo el concurso con los problemas de oportunismo asociados a las situaciones de insolvencia imprime en ella un *neto carácter concursal*. En definitiva, se trata de evitar que los administradores de la sociedad gestionen el patrimonio insolvente a su conveniencia y, así, hagan difícil de alcanzar el objetivo central del concurso: maximizar el valor agregado de los derechos de crédito, explotando de manera eficiente el patrimonio concursal, tal y como lo haría un único dueño. Esa explotación eficiente sólo es posible cuando se lleva a cabo por quienes tienen los incentivos idóneos para ello. Y estos sujetos no son otros que los acreedores, pues, como ya hemos visto, son los que pierden o ganan –hasta el límite de su crédito–, con dichas decisiones. Así las cosas, el deber de manifestarse en estado de concurso se nos muestra como *una regla concursal que hace posible la entrada en escena del Derecho concursal una vez que los acreedores se convierten los titulares económicos de dicho patrimonio*. Se trata, en definitiva, de una regla que pretende evitar que los administradores frustren el objetivo central del concurso: explotar de manera eficiente el patrimonio insolvente en manos del colectivo de acreedores para maximizar el valor conjunto de sus créditos<sup>50</sup>. Y en la medida en que sirve a un interés eminentemente concursal, ha de considerarse una norma concursal.

Esta lógica o racionalidad concursal tiene un claro reflejo en la propia configuración jurídica de esta acción de responsabilidad. En efecto, *en esta regla concurren elementos que vienen a exteriorizar esa lógica concursal antes señalada*. Aislar estas características tiene particular interés para diferenciar netamente aquellas normas concursales de aquellas otras que, de una manera o de otra, sirven también para proteger el interés de los acreedores, pero que, en rigor, no responden a tal lógica. Y es que, como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente *no toda acción de responsabilidad que tenga como destinatarios de su protección a los acreedores es una norma concursal*. Pero la utilidad de estos criterios no queda aquí, sino que por su generalidad, entendemos que pueden ser de aplicación a cualquier regla cuyo carácter concursal esté en cuestión.

Tres son, pues, elementos que nos hablan de la condición concursal de una regla y, en el caso que nos ocupa, de la regla que establece la responsabilidad de los acreedores por no declarar a tiempo el concurso: en primer lugar, que estemos ante una acción de responsabilidad que proporciona a los acreedores una *tutela colectiva de su interés* [punto a)]; en segundo lugar, que les brinda una *tutela directa de sus intereses* [punto b)]; y, en tercer lugar, que *sólo puede entablarse la acción una vez abierto el procedimiento concursal* [punto c)].

<sup>49</sup> HÜFFER, 1995, p. 371, RdN. 15; SCHMIDT, 1997a, pp. 823-824.

<sup>50</sup> Confirma nuestra tesis, SCHMIDT, 1997b, pp. 461-462, RdN. 879-880, quien señala que los administradores de la sociedad tienen una *insolvenzrechtliche Organspflicht*, establecida en beneficio directo de todos los acreedores y aplicable a cualquier administrador, sea de hecho o de derecho, *ibid.*, RdN. 883-884, p. 463. También la califica de concursal, a pesar de su proximidad a la disciplina del capital, SCHALL, 2005, pp. 1543 y 1553.

a) En efecto, la responsabilidad de los administradores por no declarar a tiempo el concurso es una regla concursal porque *brinda a los acreedores una tutela colectiva*, esto es, que sirve para reparar el daño inflingido al patrimonio del que todos son dueños (económicos). Los acreedores ven así reparado el daño experimentado por el patrimonio insolvente de la misma forma en que lo haría un único dueño pues, como ya hemos visto, la reparación ingresa en la masa concursal y se distribuye entre los acreedores conforme a las reglas de distribución del concurso. Que la tutela haya de ser colectiva explica por qué la acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA) y la responsabilidad de los administradores por no instar la disolución (arts. 262.5 LSA y 105 LSRL) son mecanismos de protección de los acreedores que tienen una lógica netamente societaria. Como acabamos de ver, en el primer caso se restaura el daño ocasionado por los administradores sobre el patrimonio del acreedor, mientras que en el segundo, se garantiza la posición de cada nuevo acreedor frente al riesgo que supone que una sociedad incurra en causa de disolución continúe operando en el tráfico. Su consideración como societarias no se ensombrece aun cuando se trate de acciones que pueden seguir siendo ejercitadas por los acreedores una vez declarado el concurso.

Fuera del ámbito de la responsabilidad de administradores, otro ejemplo particularmente revelador del carácter colectivo de las normas concursales de protección de acreedores nos lo proporcionan las acciones revocatorias, consagradas en el ordenamiento español en los arts. 71 a 73 LC. Como es sabido, las acciones revocatorias concursales tienen su origen en la acción pauliana (arts. 1111 y 1291 CC) y su objetivo primordial es reintegrar al patrimonio concursal el valor que haya salido de éste de manera irregular antes de la declaración de concurso. Pues bien, una de las diferencias de estas acciones con la acción pauliana clásica reside en el hecho de que los acreedores no están legitimados para ejercitar por sí mismos las acciones revocatorias de cara a proteger su interés<sup>51</sup>. La existencia de una situación de insolvencia confiere a los acreedores la titularidad funcional y conjunta sobre el patrimonio insolvente que resulta dañado a resulta de determinados comportamientos lesivos del deudor anteriores al concurso. Es, precisamente, este dato el que explica que el "sujeto" legitimado para ejercitar estas acciones sea el colectivo de acreedores, -y no los acreedores *uti singuli*-, a través de la administración concursal<sup>52</sup>.

b) Asimismo, *la responsabilidad por no declaración de concurso responde a una lógica concursal porque proporciona a los acreedores una tutela directa*, esto es, que puede ser recabada por éstos de manera inmediata de los causantes del daño. Que la tutela haya de ser directa explica por qué la acción social de responsabilidad (art. 134.5 LSA y 69 LSRL) no brinda una protección concursal a los acreedores. Ni siquiera se puede afirmar, sin más precisiones, que sea una norma de protección de acreedores propiamente dicha. Como ya hemos indicado, los acreedores sólo se benefician de la pretensión que tiene la sociedad frente a aquellos administradores que, con sus actuaciones, han ocasionado un daño en su patrimonio (*vid. supra* 3).

---

<sup>51</sup> Esto no quita para que los acreedores puedan ejercitar individualmente esa acción en interés del concurso, cuando concurren ciertas circunstancias, conforme a lo previsto en los arts. 72.1 y 54.4 LC

<sup>52</sup> Resulta particularmente revelador de esta idea lo dispuesto en el § 92 InsO en la que se confiere a la administración concursal, durante el concurso, la legitimación para ejercitar cualquier acción indemnizatoria de daños ocasionados a los acreedores de forma colectiva, antes o después de la apertura del procedimiento. A estos efectos, se consideran daños colectivos aquellos que resultan de una reducción en la masa de bienes que responden frente a los acreedores del cumplimiento de sus deudas. Para una exposición del alcance del precepto, *vid. HIRTE*, 2003, § 92, p. 1502.

c) Por fin, tal y como anticipábamos, *la responsabilidad por no declaración de concurso es concursal porque ha de ejercitarse necesariamente cuando se haya abierto el procedimiento concursal*. En efecto, la prueba del nueve de la concursalidad nos la proporciona la pregunta relativa a la *posibilidad de ejercitar esta acción fuera del concurso*: sólo cuando la respuesta es negativa, la acción será concursal. Esto es lo que, claramente, sucede en el caso de la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de manifestarse en estado de concurso: sólo cuando se abre el procedimiento y se aprecia el daño producido en el patrimonio concursal, podrá la administración concursal ejercitar la acción en interés de éstos. Nótese que si el procedimiento no llegara a abrirse (porque se logra un arreglo extraconcursal o *workout* que pone fin a la situación de crisis), la acción, en principio, no tendría cabida: superada la situación de crisis y cubierto el nominal de los créditos no habría daño que indemnizar. Sin embargo, no es concursal la responsabilidad de los administradores por haber incumplido el deber de instar la disolución de una sociedad de capital. Aunque, en el supuesto particular de la disolución por pérdidas, se trata de una pretensión de una clara inercia concursal, la acción exigiendo a los administradores que respondan del endeudamiento societario posterior a la aparición de la causa de disolución puede ejercitarse con independencia de que se abra o no un concurso. Su ejercicio no exige siquiera que haya una auténtica situación de insolvencia, como sucedería cuando las pérdidas hubieran dejado reducido el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de la cifra de capital, aunque sin llegar a colocar a la sociedad en una situación de insolvencia inminente, porque a pesar de la merma patrimonial sufrida, la sociedad dispone o es capaz de seguir generando recursos suficientes para pagar a todos sus acreedores.

### **3. La calificación *lex societatis* vs. *lex concursus* en el Derecho internacional privado**

#### **3.1. Planteamiento de la cuestión**

El estudio de los instrumentos de protección de los acreedores de una sociedad que hemos realizado en el marco del Derecho material comparado nos ha permitido identificar qué elementos de esas reglas les confieren un carácter marcadamente concursal y cuáles, por el contrario, apuntan a su carácter societario. *Esta delimitación de los aspectos societarios y concursales cobra su verdadera importancia cuando en la sociedad existe algún elemento de internacionalidad*. En efecto, en cualquier Estado miembro de Comunidad Europea, toda sociedad que tenga su centro de intereses principales en dicho Estado, queda sujeta, conforme a lo previsto en el [Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia](#) (en adelante, RI), a la normativa concursal de ese Estado miembro. Y ello también cuando esa sociedad, conforme a las normas de Derecho internacional privado del foro, sea una sociedad extranjera, *i.e.* esté sometida al Derecho societario de otro país. En este contexto, la protección de los acreedores no vendrá determinada ya por las reglas societarias y concursales de un solo ordenamiento, sino por la de los dos sistemas jurídicos en presencia: el Derecho del foro (como *lex fori concursus*) y un Derecho extranjero (como *lex societatis*). Entonces, la protección que recibirán los acreedores dependerá en buena medida de la calificación de esas normas: éstos obtendrán protección a través de la *lex fori*

si la calificación es concursal, o por la *lex societatis* si la calificación es societaria. Nuestra tarea ahora consiste en identificar cuáles son los criterios para calificar en el tráfico internacional determinadas reglas de protección de acreedores como concursales.

Calificar en el marco del Derecho internacional privado supone distinguir los elementos que permiten incluir una regla concreta dentro del supuesto de hecho de una norma de conflicto (o de una regla de competencia judicial internacional, en su caso). No es de extrañar, pues, que sea el propio contexto de esa norma el que determine cuáles son los criterios de calificación. En otros términos, la calificación de las normas de conflicto españolas se realiza según los parámetros del propio ordenamiento jurídico, es decir, conforme a Derecho español (art. 12.2 Cc, calificación *lege fori*). La calificación de las normas comunitarias, por su parte, es *autónoma*, es decir, atiende a la naturaleza comunitaria de la norma, a los fines que persigue y a los principios generales que se deducen de todos los sistemas nacionales de los Estados miembros.<sup>53</sup> En otros términos, *no es una interpretación que pueda realizarse desde la perspectiva estatal, de un concreto ordenamiento jurídico*. El intérprete por antonomasia del Derecho comunitario es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), pero también las jurisdicciones nacionales están llamadas a realizar esta calificación autónoma cuando aplican reglas comunitarias. En concreto, la interpretación (calificación) de un texto como el RI debe responder a un ‘canon de uniformidad’ que asegure el cumplimiento de los fines de dicho texto (*i.e.* asegurar la uniformización de las reglas en la CE y garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de los interesados). Ello implica, entre otras cosas, que la interpretación que hagan los jueces no puede depender del entendimiento interno de las reglas, que debe preferirse la interpretación mayoritariamente seguida, y que los argumentos que se utilicen deban ser, en la medida de lo posible, universalizables.<sup>54</sup> Sentadas estas premisas básicas podemos pasar a analizar los criterios que permiten calificar una regla como concursal a efectos del RI.

### 3.2. Los criterios de calificación como regla concursal

El carácter relativamente reciente de la normativa específica para el concurso internacional explica que, paradójicamente, la primera aproximación a la delimitación de qué constituye “concurso” en las relaciones transfronterizas se haya realizado en interpretación de otras normas. Así, los primeros esfuerzos para identificar el carácter concursal de una norma en DIPr en el ámbito comunitario se producen al intentar delimitar el ámbito de aplicación del [Convenio de Bruselas \(CB\), de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil](#) (ahora sustituido por el [Reglamento 44/2001](#)). En concreto se trata de interpretar cuándo estamos ante acciones relativas a “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”, excluidas del ámbito de aplicación de esta norma (*vid. infra* 2.1). La distinción entre lo concursal y lo societario en el tráfico internacional puede construirse a partir de estos elementos (*vid. infra* 2.2).

---

<sup>53</sup> Una definición paradigmática de esta calificación es la que da el propio TJCE en interpretación de las reglas del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, en el asunto 29/76, *LTU c. Eurocontrol* (Rec., p. 1541), posteriormente confirmada en reiterada jurisprudencia.

<sup>54</sup> *Vid. VIRGÓS et al.*, 2002, pp. 91 y ss.

## a) Lógica concursal vs. lógica obligacional

Al igual que sucede en el ámbito interno, en el tráfico internacional es preciso deslindar las acciones que son propiamente concursales de aquéllas que se vinculan al concurso, pero no lo son. La interpretación del art. 1.2 del CB (ahora Reglamento 44/2001), que excluye del ámbito material de este convenio las acciones relativas a “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”, nos facilita las primeras pautas de delimitación.

Los criterios básicos de la distinción fueron sentados por el TJCE en el asunto *Gourdain c. Nadler*.<sup>55</sup> En este caso se planteó ante el Tribunal si era posible reconocer en Alemania la sentencia de condena resultante de una “*action en comblement de passif*” dictada por los tribunales franceses al amparo del Convenio de Bruselas de 1968, o si, por el contrario, al tratarse de una acción estrictamente concursal, el reconocimiento quedaba excluido de su ámbito de aplicación. El TJCE sienta una delimitación general conforme a la cual “para que las resoluciones relativas a una quiebra se excluyan del ámbito de aplicación del Convenio, [es preciso] que sean *consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características*”. A partir de esta premisa, el TJCE analiza los elementos que caracterizan la acción y concluye el carácter concursal de ésta atendiendo a los siguientes argumentos: (i) se trata de una acción que sólo puede ejercitarse ante el órgano jurisdiccional del concurso, (ii) está sólo legitimado el propio tribunal o el síndico; (iii) es una acción en nombre e interés de la masa y que beneficia a la masa; (iv) establece un régimen de responsabilidad de los administradores distinto del general; (v) el plazo de prescripción es especial en función de criterios propios del concurso (reconocimiento de los créditos, aprobación del convenio); (vi) la consecuencia del incumplimiento de los administradores en el pago de la deuda genera su declaración en suspensión de pagos o la liquidación de sus bienes.<sup>56</sup>

Estos argumentos se reproducen con claridad en la jurisprudencia estatal. Así, se identifica que estamos en situaciones de “quiebra” cuando se trata de una acción revocatoria por la que el administrador concursal impugna la venta realizada en el período sospechoso<sup>57</sup> o cuando se pretende revocar la garantía constituida por el deudor a favor del crédito del acreedor que conoce de la inminencia de la situación de insolvencia.<sup>58</sup> La legitimación del administrador concursal, la finalidad específicamente concursal de la acción (*v.gr.* evitar preferencias injustificadas en situaciones de pre-insolvencia) y las consecuencias de ésta son elementos que señalan el carácter concursal de modo indiscutible. Más complejo es el supuesto en el que las acciones están vinculadas al concurso, pues la pregunta que subyace generalmente es si la acción “cambia de naturaleza” cuando se insta un procedimiento concursal. En líneas generales, los tribunales mantienen la calificación obligacional (y por tanto la aplicación del CB) cuando la acción podía haberse intentado igualmente fuera del concurso. Así, la

<sup>55</sup> Asunto 133/78, *Henri Gourdain* contra *Franz Nadler*, de 22 febrero 1979, Rec. p. 733.

<sup>56</sup> *Vid.* fundamentos jurídicos 4 y 5 de la referida sentencia. Este mismo razonamiento es el que conduce a la Corte de casación francesa en mayo de 2004 a reiterar el carácter concursal de la “*action en comblement de passif*” a pesar de los cambios sufridos por la regla desde la sentencia *Gourdain*. *Vid.* Cour de Cassation (Ch. comm.) de 5-V-2004, *R.C.D.I.P.*, vol. 94, n° 1, 2005, pp. 105 y ss.

<sup>57</sup> *Vid.* Tribunal de Bari (Italia), 27 enero 2004, *R.D.I.P.P.*, 2004, pp. 1386-1390.

<sup>58</sup> *Vid.* BGH 11 enero 1990, *IPRax* 1991, pp. 183 ss.

acción interpuesta por el administrador concursal que persigue la compensación del crédito del deudor frente al invocado por el acreedor no se considera concursal porque se podía haber litigado fuera del concurso.<sup>59</sup> Este mismo argumento es el que lleva al juez inglés a descartar la aplicación de la normativa concursal en un supuesto en el que se discute la titularidad de un vehículo fabricado por la empresa insolvente.<sup>60</sup> De igual modo, se ha considerado que la acción por la que una sociedad insolvente pretende recuperar la cuantía adelantada a los accionistas por la compra (no verificada) de sus acciones no es materia concursal al establecerse que dicha acción no deriva directamente del concurso y no se inserta estrechamente en el marco de un procedimiento de naturaleza colectiva.<sup>61</sup>

Todos estos elementos son los que el legislador comunitario asume posteriormente en el RI al determinar el ámbito de sus reglas. Cierto es que el RI no establece de manera directa qué debe entenderse por insolvencia. Sólo en su art. 25.1.II, en el que se delimita qué decisiones pueden ser objeto de las reglas de reconocimiento en él previstas, se alude a resoluciones que “se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediatamente relación con éste”. Seguidamente se añade que el reconocimiento de resoluciones distintas de éstas queda regido por las normas del CB (debe entenderse aquí la norma que lo sustituye, Reglamento 44/2001). Así pues, la formulación del art. 25 RI retoma la terminología usada por el TJCE en el asunto *Gourdain c. Nadler*. De este modo queda perfectamente delimitado que lo excluido del CB (o del Reglamento 44/2001) constituye, precisamente, el objeto del RI.

Podemos concluir, por tanto, que para calificar como concursal una regla en DIPr y, en concreto, para establecer dicho carácter respecto de una acción de protección de acreedores como la que ahora estamos estudiando, es necesario que concurren esencialmente los mismos elementos que identificamos en la primera parte de este trabajo. Así, la acción debe *tener un fundamento concursal* (lo que se corresponde con una tutela de naturaleza colectiva y directa) *y articularse a través de un cauce procesal específico: el propio procedimiento concursal*.

#### b) Lógica concursal vs. lógica societaria

Curiosamente, y a pesar de que el Derecho de sociedades no es más que un derecho contractual especial, la delimitación entre lo societario y lo concursal parece generar especiales dificultades. El hecho de que el RI no dé una definición -sino por remisión, como se vio *supra* respecto de su art. 25.1.II-, de qué se entiende por materia concursal, así como la ausencia de referencias expresas a aspectos específicos del concurso de sociedades en el art. 4 del RI (en el que se delimita el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus*), han generado debates acerca del cuál deba ser la calificación de estas reglas vinculadas al concurso de una sociedad (en particular, respecto de las acciones de responsabilidad por no declarar a tiempo el concurso). Y así parece sugerirse que, en ausencia de una referencia expresa en el art. 4 del RI, en la disyuntiva concursal/societario, se

<sup>59</sup> Arrondissementsrechtbank Leeuwarden de 31 mayo 1979, Recopilación de jurisprudencia nacional, TJCE, B15.

<sup>60</sup> English High Court, Chancery Division (Manchester), (*Ultra Motorhomes International Ltd (sub nom. Derek Oakley) v. (1) Ultra Vehicle Design Ltd (2) Behlke Electronic GmgH*), 5 mayo 2005, ILP, 2005-9, págs. 552-553.

<sup>61</sup> Cour de Cassation (Ch. comm.) de 24 mayo 2005, *R.C.D.I.P.*, vol. 94, 2005, pp. 489 y ss. nota D. BUREAU, J.D.I. 2006, 191, nota Ph. ROUSSEL-GALLE. En la jurisprudencia inglesa, en sentido parecido, *Re Hayward deceased* [1997] Ch 45 y *UBS AG v. Omni Holding AG* [2000] 1 WLR 916.

debe optar por una calificación societaria.<sup>62</sup> Sin embargo, este planteamiento resulta demasiado simple, pues claramente el art. 4 no tiene vocación de exhaustividad al delimitar el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus*. En otros términos, la ejemplificación del art. 4 RI no excluye la posibilidad de ampliar la lista de las materias concursales a través el correspondiente esfuerzo calificador.

La labor de calificación sigue siendo, pues, necesaria. Sin embargo, existe una pluralidad de posiciones doctrinales que ofrecen una variedad de criterios calificadores. Probablemente el más genérico es el que afirma que la finalidad de las normas concursales sería la protección de los acreedores, mientras que la del Derecho de sociedades sería la protección de los socios.<sup>63</sup> No incidiremos en que este criterio olvida la existencia de normas de protección de acreedores en el Derecho de sociedades (vid. *supra* II.3-4). Pero, además, puede conducir a conclusiones no necesariamente correctas: considerar societarias aquellas normas de protección que se vinculan a un determinado tipo de sociedad (p.ej., a las que gozan de limitación de responsabilidad),<sup>64</sup> aspecto que, como hemos visto, tiene otra explicación (vid. *supra* II.2). Otras propuestas doctrinales adoptan aproximaciones más concretas, como por ejemplo la que sugiere que las normas de Derecho societario serían aquellas que tienen por objeto la definición de los derechos frente a los socios o administradores, estableciendo por tanto, las *causas de responsabilidad*, mientras que el Derecho concursal atendería a la *realización (colectiva) de la responsabilidad* en casos de escasez patrimonial<sup>65</sup> (aunque ni siquiera en este punto existe unanimidad, pues otro sector doctrinal sostiene que si la determinación de la responsabilidad es materia societaria, la efectividad de dicha responsabilidad corresponde determinarla a la ley del daño).<sup>66</sup> Alternativamente se ha sugerido que las normas societarias serían las que establecen medidas de *naturaleza preventiva*, mientras que las concursales serían aquellas que ofrecen *medidas reactivas* a la situación de insolvencia, sin que quede muy claro conforme a que criterio se delimita el carácter preventivo o reactivo de las medidas.<sup>67</sup> O también que serían societarias aquellas normas con *finalidad organizativa*, mientras que las concursales serían las reglas que hacen posible el *aseguramiento de la masa concursal y el tratamiento paritario* de los acreedores.<sup>68</sup>

En contraste, y en una línea que nos parece la única coherente con el entendimiento de las reglas societarias como reglas especiales del Derecho de obligaciones, existen posturas que atienden a la función que cumple la norma, *i.e.* la realización de fines concursales específicos.<sup>69</sup> Esta postura no hace sino trasladar los elementos identificados con anterioridad a la delimitación entre lo societario y lo concursal. A nuestro entender, ésta es la más correcta, ya que *la clave de la distinción entre lo concursal y lo societario no puede realizarse sobre elementos distintos a los apenas referidos en la disyuntiva concursal/obligacional. Una regla será concursal cuando sea consecuencia directa del concurso y*

---

<sup>62</sup> SPINDLER *et al.*, 2004, p. 12.

<sup>63</sup> TRUNK, 2004, p. 538; MOCK *et al.*, 2005a, p. 481.

<sup>64</sup> MOCK *et al.*, 2005a, p. 480, en concreto respecto del *Insolvenzantragspflicht*.

<sup>65</sup> EIDENMÜLLER, 2004, p. 311; MOCK *et al.*, 2003, p. 398.

<sup>66</sup> SCHUMANN, 2004, pp. 746 y 748.

<sup>67</sup> WILLEMER, 2006, pp. 213-4 (citando ZIMMER, 1996, p. 292).

<sup>68</sup> ÜLMER, 2004, p. 294.

<sup>69</sup> En esta línea, VIRGÓS *et al.*, 2003, p. 84; EIDENMÜLLER, 2004, p. 318.



*opere dentro del marco del procedimiento concursal.* A partir de estas consideraciones, es posible formular un doble criterio que permite una fácil identificación de las normas, con independencia de cuál sea la sede de la regla o la apariencia primera que presente. Por un lado, contamos con un *indicio externo* claro: el hecho de que la acción sólo se pueda invocar en el marco de un procedimiento concursal delata su concursalidad; y en sentido contrario, la posibilidad de ejercitar la acción aunque no se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia, es un indicio claro del carácter obligacional (o societario) de la acción.<sup>70</sup> Pero por otro lado, identifica el *elemento 'material o sustantivo'* que ha de estar presente en toda norma concursal: el fundamento y finalidad concursales de una regla (*i.e.* maximizar el valor del patrimonio concursal) suponen la calificación concursal.

Así pues, cuando se trate de calificar una norma concreta habrá que analizar su fundamento y finalidad en el ordenamiento en el cual se inserta, tal como hizo el TJCE en el asunto *Gourdain*. Sólo así podremos comprobar si responde a la calificación concursal que hemos delimitado para el DIPr. En el caso concreto de las distintas normas que hacen responder a los administradores por infringir el deber de instar el concurso la calificación debe atender a estos elementos: son normas concursales en la medida en que proporcionan a los acreedores una tutela colectiva, directa y necesariamente ligada a la apertura de un procedimiento concursal (*vid. supra* II.4). En síntesis, estamos ante acciones específicas, en el sentido de que carecen de existencia fuera del ámbito concursal tanto por el procedimiento en el que se ejercitan como por los efectos que producen.

#### **4. La posible corrección derivada del Derecho comunitario**

##### **4.1. Planteamiento de la cuestión**

La solución que proponemos cuenta con la oposición de cierta doctrina alemana. Por una parte se ha adelantado una crítica en clave de Derecho internacional privado, al señalarse que la consideración de las normas concursales (F2), en lugar de las reglas societarias (F1), quiebra un principio básico perseguido por las normas de protección de acreedores, el de la seguridad jurídica, puesto que tanto los acreedores como los administradores de la sociedad cuentan con la aplicación de un sistema que constituye una unidad (entiéndase, el previsto por la *lex societatis*)<sup>71</sup>. Introducir una norma perteneciente a otro sistema sencillamente anula este principio fundamental en las relaciones transfronterizas.

Una segunda línea de críticas, con una cierta difusión, tiene como objeto explicar la correcta interpretación que debe hacerse de esta cuestión en clave comunitaria. En este sentido, se arguye que, en los supuestos de insolvencia intracomunitaria, *la calificación como societaria* de la regla que establece la responsabilidad de los administradores por no declarar a tiempo el concurso *es la única coherente con el ordenamiento comunitario*. Y ello porque si se admitiera su calificación como concursal, se estaría aplicando a los administradores de la sociedad un régimen de

---

<sup>70</sup> Informe VIRGÓS/SCHMIDT, marg. 196 *i.f.*

<sup>71</sup> MOCK *et al.*, 2005a, p. 481.

responsabilidad propio del derecho del lugar donde se abre el concurso (F2), inexistente en el derecho de sociedades conforme al cual ésta ha sido constituida (F1). Esto es tanto como decir que se estaría introduciendo, de nuevo, un control conforme a las reglas del Estado de destino (F2), en lugar de respetar las reglas del Estado de incorporación (F1), lo cual sería manifiestamente contrario a la libertad de establecimiento, tal y como ha sido definida por el TJCE en su serie de decisiones en *Centros*<sup>72</sup>, *Überseering*<sup>73</sup> e *Inspire Art*<sup>74</sup>. Así -se afirma-, no se puede aceptar la libertad de establecimiento y sus consecuencias - la aplicación de la *lex societatis* extranjera- y luego calificar determinadas reglas societarias como concursales para asegurar la aplicación de la ley del foro<sup>75</sup>.

Ciertamente, esta argumentación resulta, a primera vista, bastante convincente. Y de hecho ha encontrado también reflejo en la jurisprudencia. La [sentencia del AG Bad Segeberg de 24 marzo 2005](#) establece que la responsabilidad de los administradores por no instar la declaración de concurso pertenece al ámbito de la ley societaria y no al de la ley concursal<sup>76</sup>. Sin embargo, lo cierto es que estas consideraciones no resisten un examen más detenido ni desde el punto de vista del DIPr (*vid. infra* 2), ni desde el punto de vista del Derecho comunitario (*vid.* apartado 3).

#### 4.2. El análisis de DIPr: incoherencia valorativa y riesgo de internacionalidad

El principio de seguridad jurídica que parece fundamentar la necesidad de una calificación societaria de algunas normas de protección de acreedores no es suficientemente convincente. Y ello por varias razones. En primer lugar porque la supuesta ruptura de la unidad del sistema de protección de acreedores no se produce por el hecho de que entren en juego otras normas distintas a la *lex societatis*, i.e. no existe riesgo de incoherencia valorativa (*vid.* apartado 2.1.). Pero además, porque esta interpretación no atribuye correctamente el riesgo de internacionalidad entre los afectados por la insolvencia de una sociedad extranjera en el foro (*vid.* apartado 2.2).

##### a) La coherencia del sistema como límite a la aplicación de varias normas de conflicto

Ya hemos visto que la protección de los acreedores se articula en los ordenamientos a través de distintos mecanismos (societarios y concursales, *vid. supra* 2.1-3), que constituyen un sistema unitario dentro de cada ordenamiento jurídico<sup>77</sup>. En la medida en que la sociedad tiene su centro

<sup>72</sup> Asunto C-212/97, *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, de 9 marzo 1999, Rec. 1999, p. I-1459.

<sup>73</sup> Asunto C-208/00 *Überseering c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, de 5 noviembre 2002, Rec. 2002, p. I- 9919.

<sup>74</sup> Asunto C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, de 30 septiembre 2003, Rec. p. I-10155.

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, MOCK *et al.*, 2005a, pp. 485-486 apuntan que la consecuencia que se puede extraer desde esta perspectiva es que la calificación como 'concursal' tiene que ser en sentido restrictivo para que sea compatible con la jurisprudencia del TJCE.

<sup>76</sup> Téngase en cuenta que esta decisión ha sido corregida en apelación por el LG Kiel, 20 abril 2006, (*EuZW* 15/2006, pp. 478 ss.), al establecer que la *Insolvenzantragspflicht* tiene naturaleza concursal.

<sup>77</sup> Sobre la eficacia real de los dos modelos, analizados en su totalidad, véase el interesante trabajo de HIRT, 2004, pp. 1216 ss. *Vid.* también MIOLA, 2005, pp. 413 ss.

de intereses en el mismo Estado en que se constituyó, la unidad de ley aplicable a los aspectos societarios y concursales –y, por tanto, a la protección de acreedores- estará garantizada. Pero la ruptura de la ley aplicable al estatuto societario y a la insolvencia de la sociedad puede surgir en el momento en que se abre el concurso en el foro (conforme a la *lex fori concursus*) de una sociedad que para el ordenamiento del foro es extranjera y está sujeta, por tanto, a una *lex societatis* extranjera. Esta situación se produce de modo paradigmático en los supuestos en que la norma de conflicto del foro en materia societaria sigue un modelo de constitución. En este caso, los tribunales de ese Estado entienden que la ley aplicable a la sociedad es la del lugar donde se procedió a su constitución (o incorporación), con independencia de cuál sea el lugar donde se lleve a cabo realmente la administración de la sociedad. Circunstancia, esta última, que está en la base del modelo alternativo de determinación de la *lex societatis*, el de sede real.

La ruptura en la ley aplicable al estatuto societario y a la insolvencia de la sociedad puede generar problemas de protección jurídica para los acreedores. En concreto estas dificultades surgen por la falta de ajuste de las soluciones previstas en la *lex societatis* y en la *lex concursus*, que pueden provocar situaciones de infra y sobreprotección de los acreedores en su interés de que el valor del patrimonio no se vea afectado por un retraso en la declaración de concurso. Así, la situación de infraprotección puede producirse cuando la regla de responsabilidad no pueda invocarse ni por vía concursal ni por vía societaria. Por el contrario, la sobreprotección se verificará cuando la misma regla de responsabilidad sea exigible tanto conforme a la *lex fori concursus* como conforme a la *lex societatis*. Un ejemplo claro de esta situación de infraprotección estaría, según cierta doctrina alemana, en el caso de una sociedad inglesa a la que se abre un procedimiento de insolvencia en Alemania. Al carecer el Derecho concursal alemán de una norma de responsabilidad de administradores por retraso en la declaración de concurso en la *InsO*, y localizarse esta regla de protección de acreedores (*wrongful trading*) en el Derecho inglés en la *Insolvency Act*, constatan un vacío de regla aplicable para exigir dicha responsabilidad, cuya solución, sugieren, pasa por calificar la *wrongful trading* como norma societaria<sup>78</sup>. De otro modo, se alega, la unidad de soluciones no queda garantizada y quiebra la coherencia del sistema.

Pues bien, ante este argumento lo primero que hay que indicar es que realmente no estamos ante una situación de desajuste si se aplicara la *lex fori concursus* (*vid. infra i*). Más aún, aunque se pudiera mantener que existe dicho desajuste, la calificación del supuesto de hecho de la norma no es la técnica correcta para solucionar este problema (*vid. infra ii*). Pero además, esta solución tampoco es razonable desde el propio punto de vista que pretende asegurar, ya que la aplicación de la *lex societatis* en este caso quiebra la coherencia interna del sistema de DIPr concursal en varios puntos (*vid. infra iii*).

(i) En un argumento exquisitamente formal se indica que la aplicación de la *lex concursus* alemana a una sociedad inglesa implica la imposibilidad de invocar la *wrongful trading* de la *Insolvency Act*, dejando a los acreedores desprotegidos ya que la *InsO* alemana carece de una regla semejante de responsabilidad de administradores. Ahora bien, como correctamente indica esta doctrina, la

---

<sup>78</sup> *Vid.* en este sentido, ZIMMER, 1996, pp. 293 y ss. Más recientemente, MOCK *et al.*, 2003, p. 400; SCHUMANN, 2004, p. 748.

calificación no puede estar condicionada por el marco en el que se inserta la regla. En otros términos, los acreedores de una sociedad inglesa concursada en Alemania, también están protegidos frente a la actuación irresponsable de los administradores *conforme a la lex concursus, i. e. al Derecho alemán*. Pero esto no significa que sólo estén protegidos por las reglas de la *InsO*, sino por toda regla de naturaleza concursal con independencia de donde se ubique. Y en el ordenamiento alemán, esta regla existe paradigmáticamente en el § 62.1 GmbHG para las sociedades de responsabilidad limitada y en el § 92.2 AktG para las sociedades anónimas. Por lo tanto, no hay necesidad de forzar la calificación de estas acciones en un sentido distinto del concursal, porque la protección está garantizada. Dicho de otro modo, el acreedor de una empresa inglesa con centro de intereses en Alemania, sabe que su nivel de protección no viene determinado *ex ante* por reglas societarias, sino *ex post* por reglas concursales. Y estas reglas, conforme a la normativa comunitaria, son las alemanas que, como ha reconocido ya una decisión alemana, son en buena medida equivalentes a las inglesas<sup>79</sup>.

(ii) Aun si aceptáramos la hipótesis de que, efectivamente, existe un desajuste al intentar aplicar dos normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos (*v.gr. lex concursus y lex societatis*), la solución propuesta por esta doctrina no es la correcta atendiendo a las técnicas del DIPr. En efecto, esta posición interviene en -manipula- el supuesto de hecho de la norma mediante la calificación para asegurar el resultado material de protección. Si realmente estuviéramos en un caso de desajuste, la solución pasaría por actuar sobre la consecuencia que produce la aplicación de estas dos normas. El ajuste (*i.e.* la corrección de los efectos de la aplicación de dos normas concurrentemente) puede realizarse de dos modos. La primera opción -el ajuste conflictual- consiste en corregir la propia norma de conflicto, alterando la consecuencia jurídica para el caso concreto. En nuestro supuesto podría introducirse una norma de conflicto que estableciera que las reglas de protección de acreedores quedarían sujetas a la *lex societatis* también en caso de concurso. La segunda opción -ajuste material- actúa sin embargo directamente sobre la consecuencia, ofreciendo una regla sustantiva que asegure el resultado perseguido, como ocurriría, por ejemplo, de prosperar la propuesta de imponer una regla similar al *wrongful trading* para todos los Estados miembros desde una norma comunitaria de sociedades.

El RI no deja, sin embargo, margen para la corrección. Cuando el RI ha pretendido asegurar la aplicación de una ley *a pesar de la apertura del concurso*, lo ha hecho constar explícitamente (por ejemplo, para proteger a los trabajadores)<sup>80</sup>. Si no lo ha hecho así, no parece razonable permitir que los Estados miembros introduzcan semejante corrección a la regla en la que los acreedores confían para el caso de concurso, *i.e.* la ley del Estado en que se ubica el centro de intereses principales del deudor. Ello implica que las expectativas de resultar protegido (o no) dependen del contenido de esa ley, no de una maniobra calificadora. Otra cuestión es que se considere que, con independencia de las expectativas de los acreedores, éstos merecen protección *incluso cuando*

---

<sup>79</sup> Vid. la sentencia de 20 abril 2006 del LG Kiel, citada *supra* nota nº 77.

<sup>80</sup> No puede entenderse, como parece sostener SCHALL 2005, p. 1553, que el principio que rige en el RI es el de la aplicación de la *lex causae* en caso de insolvencia. Al contrario, incluso cuando esta interpretación fuera más 'coherente' con el modelo comunitario de la ley del Estado de origen, está claro que el RI sólo permite invocar la *lex causae* en las condiciones en que éste lo prevea.

*no existe dicha norma en la lex concursus o que dicha protección debe corregirse (reducirse) si concurre con la prevista en la lex societatis. En otros términos, una acción no cambia de naturaleza porque produzca un efecto deseado o no; lo que se puede corregir es ese efecto, pero no la naturaleza de la acción.*

(iii) Por fin, esta construcción produce, paradójicamente, una incoherencia valorativa dentro del sistema de DIPr: *parece incongruente sostener una calificación en sede de ley aplicable distinta de la mantenida en sede de competencia judicial cuando es el mismo Reglamento 1346/2000 el que regula ambas cuestiones.* En efecto, mantener que las acciones de responsabilidad de administradores por no instar la declaración del concurso (como la *action en comblement de passif*) son acciones societarias va directamente en contra de lo decidido por el TJCE en el asunto *Gourdain c. Nadler*. En defensa de esta posición se defiende que la jurisprudencia citada sólo es de aplicación al ámbito de la competencia judicial internacional y que, por lo tanto, no vincula a los órganos nacionales cuando deben aplicar sus normas de conflicto<sup>81</sup>. Pero *si la norma que indica la jurisdicción y la ley aplicable al concurso es la misma, i.e. el RI, parece bastante improbable que la calificación de una regla en una sede (jurisdicción) pueda ser distinta a la calificación de esa misma regla en otra sede del mismo Reglamento (ley aplicable).* La idea de un Reglamento comunitario es que en todos los Estados miembros se interpreten los conceptos de igual manera, de modo que no parece aceptable que la calificación en sede de competencia judicial internacional sea uniforme, pero no lo sea a efectos de ley aplicable.

Más aún, de prosperar esta interpretación estaríamos alterando la propia finalidad del RI. El planteamiento criticado ofrece una respuesta para un supuesto muy concreto: el régimen de responsabilidad de una sociedad constituida conforme a Derecho inglés y con el centro de intereses principales en Alemania, es decir, con *lex societatis* inglesa y *lex fori concursus* alemana. No parece muy razonable que la solución de todos los posibles casos cubiertos por el RI quede regulada conforme a un supuesto concreto, menos aún cuando los problemas en buena medida surgen por las ya apuntadas dificultades para calificar la *Insolvenzantragspflicht* como norma concursal en el ordenamiento alemán. Como ya se indicó, la interpretación (calificación) de un texto como el RI debe responder a un canon de uniformidad que asegure el cumplimiento de los fines de dicho texto (*vid. supra* 3.1). Y esto también ha de ser así cuando dicha interpretación recaer sobre los órganos estatales, sin que sea razonable mantener una interpretación que depende del entendimiento interno de las reglas. Sin embargo, estos presupuestos no parecen cumplirse con la interpretación que estamos analizando. En definitiva, la idea de la coherencia del sistema pierde fuerza cuando los elementos fundamentales que la sostienen se apoyan principalmente en una estructura jurídica determinada, ignorando la verdadera función de las reglas del concurso internacional.

#### b) La correcta atribución del riesgo de internacionalidad

La calificación propuesta por la doctrina alemana no sólo no garantiza la supuesta unidad de estas reglas, sino que, además, *distorsiona la asignación del riesgo de internacionalidad querida por el*

<sup>81</sup> ZIMMER, 1996, pp. 293 y ss.

*legislador*. Las elecciones normativas en Derecho conflictual responden a una necesidad propia del Derecho privado, *i.e.* la resolución de los problemas que plantean las situaciones jurídico-privadas, pero también a una específica, derivada de la internacionalidad del supuesto. Y la norma de conflicto tiene como segunda función la de *asignar el coste de la internacionalidad*: una asignación eficiente de dicho riesgo supone atribuirlo a la parte que esté en mejores condiciones para soportarlo, normalmente porque es precisamente ésta la que lo introduce. La elección de la *lex fori concursus* o ley del tribunal en cuyo Estado tiene su centro de intereses principales el deudor cumple estos dos requisitos: por una parte introduce un criterio de “señalización” en el tráfico para los acreedores. Pero además, refleja la distribución del riesgo de internacionalidad, pues es el deudor que se introduce en un sistema extranjero, fijando allí su centro de intereses principales, el que debe soportar la carga de quedar sujeto a las normas de protección de dicho ordenamiento. De igual modo, si un acreedor extranjero decide contratar con una empresa del foro, el acreedor es el que asume que sus niveles de protección concursal vendrán determinados por la ley del Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales.

Esta consideración no debe alterarse por el hecho de que dicha sociedad esté sujeta a una normativa extranjera en cuanto *lex societatis*. Aunque tanto la elección de la *lex societatis* como la decisión de dónde localizar el centro de intereses principales son decisiones que controla la sociedad y no los acreedores, es razonable entender que la protección de los acreedores quede primeramente garantizada en el tráfico internacional por la *lex concursus* y no por la *lex societatis*. En efecto, mientras que el criterio de la *lex societatis* atiende más a las razones de gobierno interno de la sociedad (relaciones *ad intra* entre los socios y la sociedad, sin ser ésta la única finalidad que persigue), la *lex concursus* se fundamenta en el criterio de la manifestación de la empresa en el tráfico, frente a terceros, es decir, atiende a las relaciones *ad extra* de la sociedad. Más aún, en esta hipótesis, la propia sociedad es la que ha generado el fraccionamiento jurídico de la protección de los acreedores mediante dos decisiones (la de constitución y la de administración). Por ello, en una distribución correcta del riesgo de internacionalidad, debe ser la sociedad la que soporte el coste de dicho fraccionamiento antes que los acreedores (y, en particular, frente a los no sofisticados)<sup>82</sup>. Dicho de otro modo, la elección por la norma comunitaria del ‘centro de intereses principales’ como criterio de conexión indica que el legislador comunitario considera que este es el criterio que ofrece una adecuada señalización en el tráfico a los acreedores acerca del derecho que se pondría en pie para hacer valer su derecho de crédito. Y ésta puede ser una razón

---

<sup>82</sup> En este sentido resulta especialmente clarificadora la decisión *Re Howard Holdings* [1998] BCC 549; el asunto afectaba a una sociedad constituida en Panamá, cuyos administradores residían en Mónaco. La sociedad contrata la adquisición de un yate y pide un préstamo a un banco para financiar dicha compra. Ante el incumplimiento, el banco se cobra ejecutando la hipoteca sobre el yate, y los constructores pretenden solicitar ante los tribunales ingleses la acción frente a los administradores (por *wrongful trading*) que sabían que no iban a poder cumplir con el pago. El tribunal considera que, si bien es cierto que la ley de lugar de constitución no contempla dicha posibilidad, sí lo hace la ley inglesa (*lex concursus*) y debe tenerse en cuenta también los intereses de los acreedores ordinarios que pueden tener la expectativa razonable de que, estando el supuesto vinculado con Inglaterra, sea aplicable el art. 214 de la *Insolvency Act*. Vid. DAWSON, 1999, p. 57.

poderosa para decidir calificar en el ámbito del DIPr como concursal una regla de protección de acreedores, incluso cuando en el tráfico interno pudiera ser considerada como societaria<sup>83</sup>.

### 4.3. La coherencia del sistema comunitario

La segunda línea de críticas atiende a la especificidad que supone que las sociedades operen dentro del tráfico intracomunitario. Como es sabido, el alcance dado a la libertad de establecimiento por el TJCE en las sentencias *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*<sup>84</sup>, abre las puertas para que las sociedades puedan incorporarse dentro del mercado europeo conforme al ordenamiento que a los socios les parezca más conveniente (*lex societatis*), y sin tener que estar sujetas al derecho del Estado en el que la sociedad tiene su centro de intereses principales. Como sabemos, este criterio determina conforme a la normativa comunitaria tanto la posibilidad de abrir un procedimiento de insolvencia comunitario como el derecho aplicable a dicho concurso, *i.e.* la *lex fori concursus*. La crítica desarrollada por la doctrina entiende que la propia normativa comunitaria obliga a calificar las normas de DIPr en un sentido concreto: no se puede aceptar la libertad de establecimiento y sus consecuencias (*v.gr.*, la aplicación de la *lex societatis* extranjera) y luego calificar determinadas reglas societarias como concursales para asegurar la aplicación de la ley del foro<sup>85</sup>. Esto supondría, en términos llanos, meter por la ventana lo que se sacó por la puerta<sup>86</sup>.

En otros términos, lo que esta crítica apunta es que la calificación como *lex concursus* introduce una restricción a la libertad de establecimiento, al hacer más costoso a las empresas constituidas en el extranjero operar en otro Estado miembro puesto que estarían sujetas a un régimen de protección de acreedores distinto del que tienen como referencia conforme a su *lex societatis*. Si esto fuera así, habría que probar que esta excepción a la libertad de establecimiento es conforme con el test de proporcionalidad desarrollado por el TJCE: que se aplique de manera no discriminatoria, que encuentre justificación en razones imperativas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo<sup>87</sup>.

Este argumento puede parecer sugerente a primera vista, pero exige una aclaración previa que demuestra la debilidad de sus razones. Es cierto que la normativa nacional contraria o que limita

---

<sup>83</sup> “§ 146. La protección conflictual del interés de terceros no debe realizarse utilizando la conexión del derecho internacional de sociedades, sino a partir de una «conexión especial» que garantice la inoponibilidad de la *lex societatis* escogida por los socios cuando vaya contra las expectativas racionales de los terceros” GARCIMARTÍN, 2002; *vid.* también §§ 190 y ss.

<sup>84</sup> *Cfr. supra* notas 72, 73 y 74.

<sup>85</sup> Un desarrollo de los argumentos de esta doctrina puede verse entre otros, por ejemplo, en HIRTE *et al.*, 2005, pp. 474 ss.

<sup>86</sup> Ciertamente esta crítica no es compartida por toda la doctrina, pues existen autores que claramente consideran compatible esta solución con las exigencias del Derecho comunitario primario, *vid.* en este sentido, WELLER, 2004, p. 414; RIEDEMANN, 2004, p. 348.

<sup>87</sup> *Vid.* por ejemplo el apartado 32 de la sentencia C-19/92 *Kraus*, de 31 marzo de 1993 (Rec. p. I-1663); apartado 37 de la sentencia C-55/94 *Gebhard*, de 30 de noviembre de 1995 (Rec. p. I-4165) y apartado 34 de la sentencia C-212/97 *Centros*, antes citada. Esta es la línea de análisis que, por ejemplo, propone ULMER, 2004, pp. 292-293 y 301.

la libertad de establecimiento no tiene cabida en el contexto comunitario *salvo* cuando satisface el test antes señalado. En otros términos, aunque la norma estatal sea contraria a la libertad fundamental comunitaria, puede mantenerse si resulta justificada conforme a los criterios que prevé el propio Derecho comunitario. Ahora bien, en el supuesto que estamos analizando lo que se cuestiona en el fondo no es la contrariedad del ordenamiento nacional con el ordenamiento comunitario, sino la propia contrariedad de una norma comunitaria con las libertades fundamentales del Tratado. Y éste, de serlo, sería un supuesto de “inconstitucionalidad” comunitaria, que se resuelve –en su caso- conforme a parámetros de “constitucionalidad”, es decir, valorando la adecuación de la norma comunitaria a los valores constitucionales del Tratado de la Comunidad en un juicio que no es el del test de proporcionalidad. En otros términos, lo que se está afirmando es la incompatibilidad de una regla de Derecho comunitario secundario con el derecho primario<sup>88</sup>. Sin entrar en más detalles, sí podemos apuntar que es improbable que el Derecho comunitario se contradiga de una manera tan evidente. Lo que ocurre es que estas dos soluciones pretenden conciliar dos finalidades básicas para el mercado interior (*i.e.* la protección de la iniciativa empresarial y la de los acreedores) a partir de dos técnicas normativas distintas, mediante reglas de derecho primario, en particular el principio del reconocimiento mutuo en el primer caso, y mediante el recurso a la armonización conflictual, incorporada en Derecho comunitario derivado, en el segundo. Resulta, entonces, paradójico sostener que la consecución de estos fines es contradictoria en sí misma cuando es querida por el propio ordenamiento comunitario.

Ahora bien, aclarado esto, puede aún argumentarse que es la *consecuencia de la aplicación* del Reglamento comunitario en determinados casos –*i. e.* la aplicación de una norma nacional como la que impone la responsabilidad de los administradores por no declaración del concurso- la que produce un efecto contrario al Derecho comunitario. Incluso en esta hipótesis, la posible contrariedad con el Derecho comunitario que implicaría la aplicación de la *lex concursus*, puede salvarse aplicando el test *Gebhard*.

En efecto, la primera de las condiciones para mantener una regla contraria a la libertad de establecimiento se verifica sin ninguna dificultad: la regla cuya aplicación resulta de la *lex concursus* (la responsabilidad de los administradores por no declaración del concurso) no es discriminatoria porque implica tratar a todas las sociedades que operan en el foro –con independencia de su nacionalidad- de la misma manera<sup>89</sup>. Otra cuestión que puede plantearse es si realmente este tipo de normas oculta una discriminación indirecta –igualmente prohibida por el ordenamiento comunitario- haciendo más costoso para la empresa extranjera establecerse en otro Estado miembro<sup>90</sup>. En esencia, la discusión debería resolver si la presencia de una regla de protección de acreedores como las aquí analizadas, que imponen un nivel de responsabilidad a los administradores, constituye un elemento disuasorio para el establecimiento en otro Estado miembro. La primera respuesta que podría darse es que el establecimiento no se realiza pensando principalmente en un supuesto de insolvencia, sino en el del funcionamiento solvente de la

---

<sup>88</sup> Esto mismo parecen apuntar HIRTE *et al.*, 2005, p. 476.

<sup>89</sup> EIDENMÜLLER, 2004, p. 318.

<sup>90</sup> Justamente en sentido contrario, HIRTE *et al.*, 2005, p. 476.



sociedad. En otros términos, la aplicación de las reglas de insolvencia no es un elemento que se tome en consideración a la hora de ubicar la sociedad. Quienes alegan la incidencia del Derecho comunitario insisten en que determinados aspectos, como la responsabilidad de los administradores, sí pueden tenerse en cuenta si los requisitos del Estado donde se localiza el centro de intereses principales son mucho más exigentes para éstos que los establecidos en la legislación del Estado de origen (*lex societatis*)<sup>91</sup>. Incluso si esto fuera así, es decir, que este factor pudiera ser tenido en cuenta a la hora de elegir el lugar de incorporación, lo que es cierto es que esta regla no constituye un elemento esencial (como por ejemplo, la existencia de un capital mínimo) de la incorporación societaria que obligue a la sociedad extranjera a reincorporarse en el foro. Estamos, más bien, ante una regla relativa al desarrollo de la actividad de la sociedad (ya sea del foro, ya sea extranjera), dictada con vistas a garantizar un interés específico como es la protección de los acreedores, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario pasamos inmediatamente a analizar<sup>92</sup>.

Efectivamente, tampoco parece difícil justificar la presencia del segundo elemento, *i.e. la existencia de un interés digno de protección para el Derecho comunitario*. La protección de acreedores es uno de los fines que se invocan ante el TJCE dentro de los incluidos en este “interés protegible”. Ciertamente, la interpretación que ha hecho el TJCE de este elemento ha sido restrictiva, en particular respecto de las aportaciones mínimas de capital entendidas como medida de protección<sup>93</sup>. Pero esta jurisprudencia no descarta la idea de la protección de acreedores *per se*<sup>94</sup>. Así, otras medidas de protección, ajenas a las exigencias de capital mínimo -como es la obligación impuesta a los administradores de instar la declaración del concurso-, pueden encontrar acomodo en esta excepción<sup>95</sup>. Entonces, la protección de acreedores cuando la sociedad no ha dado un tratamiento adecuado a su situación de insolvencia es una finalidad que puede ser legítimamente perseguida en los ordenamientos de los Estados de la CE. Es más, parece que el propio legislador comunitario está dispuesto a asumir este elemento en una futura regulación comunitaria en materia de sociedades<sup>96</sup>. La ausencia de una regla sustantiva comunitaria que imponga tal protección no significa que el legislador comunitario haya rechazado la medida, sino más bien todo lo contrario. El legislador comunitario sanciona, precisamente, la pluralidad de reglas de protección de acreedores en este supuesto, y dicha regla es la que incorpora el RI, optando por la aplicación de la ley del lugar donde tiene su centro de operaciones la sociedad. En síntesis, no es posible invocar que la protección de los acreedores en este supuesto es contraria al

---

<sup>91</sup> Vid. estos argumentos en ARMOUR, 2005, *ILF WP*, p. 44.

<sup>92</sup> En este sentido se expresa la sentencia del LG Kiel, 20 abril 2006, citada *supra* nota n° 77.

<sup>93</sup> Vid. por ejemplo en los asuntos *Centros e Inspire Art*.

<sup>94</sup> Cfr. para. 92 del asunto *Uberseering*.

<sup>95</sup> En este sentido, RIEDEMANN, 2004, p. 348.

<sup>96</sup> Vid. COM(2003) 284 final, de 21 de mayo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar”. Este plan sigue la propuesta hecha en el Informe *Winter*, citado *supra* nota n° 18. No obstante, frente a la consideración “societaria” que se da a esta regla en el informe, una parte de las opiniones remitidas en la Comisión a propósito del documento de consulta enviado, consideran a esta regla como “concurzal”. Este argumento sirve de base a una minoría muy significativa a oponerse a la armonización europea en esta materia. Así, *vid. High Level Group*, p. 145.

Derecho comunitario cuando es éste el que ofrece la regla que permite a los acreedores anticipar el régimen al que quedarán sujetos sus derechos en caso de que el deudor entre en concurso con independencia del lugar donde se hallen y de manera uniforme para todos ellos en territorio comunitario.

Más complicado puede ser delimitar si esta medida es realmente necesaria y la menos restrictiva si tenemos en cuenta que la regla de protección de acreedores del foro coexiste con otra regla de protección prevista en la *lex societatis*<sup>97</sup>. A primera vista, podría pensarse que la aplicación de la norma prevista en la *lex concursus* es innecesaria en la medida en que ya está contemplada en la *lex societatis*. Esta situación de duplicidad se manifiesta en los casos planteados en Alemania con empresas constituidas conforme al Derecho inglés, pero no es necesariamente lo que sucede en otros casos. Así, puede ocurrir perfectamente que en el Estado de constitución de la sociedad no exista dicha regla (así, en Dinamarca), y en ese caso, optar por la ley de dicho Estado dejaría a los acreedores indefensos. No es, pues, correcto extrapolar el caso alemán-inglés y deducir de éste la regla general. Pero tampoco parece razonable establecer dos estándares distintos, en función de si existe o no la regla en el ordenamiento de origen de la sociedad, porque eso sí que iría en contra de la unidad del mercado. Es más, incluso si todos los Estados conocieran reglas de protección, tampoco podríamos considerar ese dato suficiente para asegurar la protección desde el Estado de establecimiento, haciendo innecesario el recurso a una regla específica de ese ordenamiento en sede concursal. Y ello porque es que precisamente una norma comunitaria, *v.gr.* el RI, la que impone la aplicación de la legislación del Estado de destino. La necesidad de la medida salta a la vista. Se trata de una opción consciente del legislador comunitario de imponer la aplicación de la *lex fori concursus* porque con ella logra un objetivo importante: la protección de los acreedores conforme al marco de referencia –el ordenamiento– en el que confían. Y tan importante para el mercado interior es la libertad de establecimiento (*i.e.* la protección de la iniciativa empresarial) como la protección de los acreedores (o de otros elementos sin los que el mercado no puede constituirse realmente, por ejemplo el tratamiento de los trabajadores, la fiscalidad...)<sup>98</sup>.

Ésta es, además, la solución lógica si tenemos en cuenta el distinto ámbito competencial que tiene reconocido el Derecho comunitario respecto de cada uno de estos sectores: así mientras la unificación material del Derecho de sociedades sí es competencia del legislador comunitario, la regulación de la insolvencia no lo es. En otros términos: *ante la imposibilidad de uniformar materialmente las reglas concursales, el legislador comunitario opta por uniformar las reglas conflictuales*. De este modo se garantiza que sólo un procedimiento (conforme a las reglas concursales de un Estado miembro) sea el único procedimiento concursal “comunitario” respecto del deudor. Y en este supuesto, su opción es clara: se aplica la ley del Estado de destino porque es la que mejor permite anticipar las posiciones a todos los involucrados en una potencial situación de insolvencia. En ausencia de normativa material uniforme el principio de reconocimiento mutuo no puede operar de la misma manera que cuando existe tal uniformidad. En este sentido, la

---

<sup>97</sup> En este sentido parece expresarse la citada sentencia del AG Bad Segeberg: “*Das englische Recht sichert damit den Gläubigerschutz im Falle einer Insolvenz umfassend, so dass es bereits vor dem Hintergrund der o.g. Leitlinien des EuGH keine Notwendigkeit gibt, das deutsche Recht anzuwenden*”.

<sup>98</sup> EIDENMÜLLER, 2005, p. 446; TRUNK, 2004, pp. 536-538.

aplicación de la *lex concursus* no parece la medida más restrictiva, es simplemente *otra medida*. Más aún, desde el punto de vista de los acreedores, es la medida menos costosa para su protección (pues es la norma que pueden anticipar más fácilmente); pero también lo es para la sociedad, puesto que puede internalizar cuál es el régimen de responsabilidad *para todo el territorio comunitario* descontando los riesgos que esta regla pueda entrañar. De este modo, se garantiza un tratamiento uniforme dentro del territorio comunitario.

En conclusión, podemos sostener que tan comunitaria es la libertad de establecimiento en el espacio de la Unión (que permite elegir la ley conforme a la que se incorpora la sociedad), como la aplicación de la *lex concursus* del lugar donde la sociedad deudora tiene su centro de intereses principales.

## 5. Conclusiones

Como hemos visto, las reglas que hacen responder a los administradores por no instar a tiempo la declaración del concurso sirven a una finalidad netamente concursal, al dar una respuesta a los problemas de oportunismo que se plantean cuando la sociedad entra en situación de insolvencia. Precisamente este hecho es el que diferencia estas normas de protección de acreedores de otras que, aunque pueden actuar también en las situaciones de insolvencia, no atienden a dicha lógica (*vid. supra 2*).

También en el contexto de las reglas de Derecho concursal internacional vigentes en España (y en toda la Comunidad), debemos afirmar el carácter concursal de estas reglas de responsabilidad. Y ello porque los elementos básicos que definen dicho carácter, interpretados a la luz de la jurisprudencia del TJCE, están presentes en esta acción de responsabilidad: debe tratarse de una acción que tiene un fundamento concursal y se articula a través de un cauce procedimental específico, *i.e.* el propio concurso. Efectivamente, estos caracteres se manifiestan con claridad en las distintas normas analizadas que hacen responder a los administradores por demorarse en la solicitud del concurso (*cfr. Insolvenzantragspflicht, wrongful trading, action en comblement du passif* o el deber de manifestarse en concurso del art. 5 LC y la responsabilidad derivada de su infracción *ex art. 172.3 LC*). En todas ellas se ofrece una tutela directa y colectiva que sólo puede ejercitarse en el marco de un procedimiento concursal. Estos elementos no son, en última instancia, sino la manifestación de la lógica concursal que revela la aproximación económica descrita en primer lugar (*vid. supra 3*).

Así pues, en el caso de que se abra el procedimiento concursal en el foro frente a una sociedad extranjera, será posible ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores por no solicitar a tiempo la declaración de concurso cuando ésta esté prevista en la *lex fori concursus*, con independencia de lo que prevea la *lex societatis* extranjera sobre esta cuestión. Ciertamente es que, como se ha indicado por parte de la doctrina alemana, esta solución podría generar problemas de infraprotección de los acreedores si la regla de responsabilidad no existiera en la *lex fori concursus*, como ocurriría, dicen, en el caso de un concurso de sociedad inglesa en Alemania. Sin embargo,

el argumento que se esgrime para tal afirmación no es correcto pues, como hemos constatado, en el ordenamiento alemán sí que existe esta regla de protección. Tampoco nos parece acertada la respuesta que proponen para solventar dicho problema, *i. e.* calificar estas reglas como normas societarias de manera que quede asegurada su aplicación conforme a la *lex societatis*. Esta solución no es adecuada desde la perspectiva del DIPr porque desconoce la racionalidad de estas normas, desvirtuando la correcta atribución del riesgo de internacionalidad, y además introduce incoherencias valorativas en el sistema (*vid. supra* 4.1-2).

Descartada la revisión de la calificación concursal de esta regla, aún se arguye que ésta sea necesaria por razones derivadas del Derecho comunitario. Se argumenta que la calificación concursal permite eludir la aplicación de la *lex societatis*, imponiendo a los administradores de la sociedad un régimen de responsabilidad inexistente en el Derecho de sociedades conforme al cual ésta ha sido constituida. Se introduciría, así, un control conforme a las reglas del Estado de destino, en lugar de respetar las reglas del Estado de incorporación. Esto, en principio, sería manifiestamente contrario a la libertad de establecimiento, tal y como ha sido definida por el TJCE. Pues bien, esta objeción también resulta salvable ya que la aplicación de la regla prevista en la *lex fori concursus* supera el test de compatibilidad comunitaria (*vid. supra* 4.3)

Así pues, no existen razones que permitan desmontar de manera razonable la propuesta de calificar como concursal la regla que hace responder a los administradores por no solicitar a tiempo la declaración del concurso. Sin embargo, no desconocemos que, en algún supuesto, la situación generada por las reglas del RI puede producir resultados mejorables en lo que se refiere a la coordinación de la dimensión societaria y concursal de una misma realidad. El estudio de estas cuestiones merece un nuevo trabajo. Baste ahora apuntar que las alternativas de *lege ferenda* son dos. La primera vía es acometer una armonización material, en la línea propuesta por el informe de expertos, introduciendo una regla común para todos los Estados miembros, del estilo de la *wrongful trading* inglesa. Esta solución pasa por considerar que se trata de materia societaria, y por tanto, que cae dentro del ámbito normativo de la Comunidad. La segunda vía para conjugar la dimensión societaria con la dimensión concursal es la del DIPr, en concreto, permitiendo bien realizar un ajuste en la normativa concursal (*cf.* creando una regla de conflicto que permita, para los supuestos que analizamos, la aplicación de la solución prevista en la *lex societatis*), o bien, introducir mayor flexibilidad en la aplicación RI. Esta habría de permitir, tal y como ha propuesto Eidenmüller, bien la elección de foro (difícilmente aceptable) o la elección de ley en el procedimiento concursal, lo que permitiría ajustar las soluciones de la *lex societatis* a las de la *lex concursus*, evitando los problemas que ahora se plantean<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> EIDENMÜLLER, 2005, pp. 441 ss.

## 6. Bibliografía

B.E. ADLER, (1995) "A Re-Examination of Near-Bankruptcy Investment Incentives", *U.Chi.L.Rev.*, vol. 62, pp. 575 ss.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL, (2002) "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales" *RdS*, nº 18, 2002, pp. 45 ss.

A. ALONSO UREBA, (2004) "Comentario al artículo 172.3 LC", en J. PULGAR EZQUERRA/A. ALONSO UREBA/C. ALONSO LEDESMA/G. ALCOVER GARAU (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, pp. 1432 ss.

J. ARMOUR, (2005) "Who Should Make Corporate Law? EC Legislation vs. Regulatory Competition", *ILF Working paper*, nº 41.

J. ARMOUR, (2000) "Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law", *Modern Law Review*, pp. 355 ss.

S.F. BAINBRIDGE, "Much Ado about Little? Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency", research paper, (<http://www.ssrn.com/abstract=832504>)

D.G. BAIRD/T.H. JACKSON, (1984) "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interest: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy", vol. 51, pp. 97 ss.

E. BELTRÁN/A. MARTÍNEZ FLÓREZ, (2004) "Comentario a la disposición final 2ª de la Ley concursal", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, pp. 3102 ss.

E. BELTRÁN, (2005) "La responsabilidad por deudas sociales" en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, pp. 213 ss.

F. BONELLI, (1991) "La responsabilità degli amministratori", en G.E. COLOMBO/G.B. PORTALE (dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Turín, pp. 323 ss.

A. CAMPINS, (2004) "Prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales", *RCDI*, nº 684, pp. 1527 ss.

L.H. CHRISTENSEN, (2003) "National Report for Denmark", en W.W. MC BRYDES/S.C.J.J. KORTMANN, *Principles of European Insolvency Law*, Nijmegen, pp. 153 ss.

R.C. CLARK, (1986) *Corporate Law*, Nueva York.

- K. DAWSON, (1999) "Foreign Companies and Extraterritorial Aspects of the Insolvency Act 1986", *I.I.R.*, pp. 49 ss.
- H. EIDENMÜLLER, (2005) "Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe", *EBOR*, pp. 423 ss.
- H. EIDENMÜLLER, (2004) "Insolvenzrecht", en H. EIDENMÜLLER (ed.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, Múnich, pp. 310 ss.
- H. EIDENMÜLLER, (2005) "Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe", *EBOLR*, nº 6, pp. 423 ss.
- H. EIDENMÜLLER/A. ENGERT, (2005) "Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht", *GmbH-Rundschau*, nº 8, pp. 433 ss.
- L. ENRIQUES/J.R. MACEY, (2001) "Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules", *Cornell Law Review*, vol. 86, pp. 1165 ss.
- G. ESTEBAN VELASCO, (2005) "La acción individual de responsabilidad", A. ROJO/E. BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, pp. 155 ss.
- L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, (2004) "La responsabilidad concursal de los administradores de la sociedades de capital", Madrid-Barcelona, pp. 701 ss.
- G. FRÈ, (1964) *La società per azioni*, en A. SCIALOJA/G. BRANCA (eds.), *Commentario del Codice civile*, Bolonia-Roma, pp. 427 ss.
- F. GALGANO, (1978) *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, 3ª edición, Bolonia.
- J.A. GARCÍA-CRUCES, (2004) "Comentario al art. 172 LC", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, pp. 2574 ss.
- J.A. GARCÍA-CRUCES, (2005), "La responsabilidad concursal", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, pp. 261 ss.
- F. GARCIMARTÍN, (2002) *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid.
- J.M. GONDRA, (2004) "El nuevo rumbo del Derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español" *RdS*, nº 23, pp. 19 ss.
- R. GOODE, (1997) *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2ª edición, Londres.

M. HABERSACK/D.A. VERSE, (2004) "Wrongful Trading -Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung", *ZHR*, nº 168, pp. 174 ss.

G. HERTIG/H. KANDA, (2004) "Creditor Protection" en AA.VV, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford-Nueva York, pp. 71 ss.

H. HIRT, (2004) "Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in *Inspire Art Ltd.*", *E.B.L.R.*, pp. 1189 ss.

H. HIRTE, (2003) en W. UHLENBRUCK (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, Múnich,, § 92, pp. 1501 ss.

H. HIRTE/S. MOCK, (2005) "Wohin mit der Insolvenzantragspflicht?", *ZIP*, pp. 474ss.

K. HOPT, (1999), *Grosskommentar zum AktG*, Berlín, § 93, pp. 51 ss.

U. HÜFFER, (1995) *Aktiengesetz*, 2ª edición, Múnich.

T.H. JACKSON, (1986) *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge-Londres.

M.A.J.G. JANSSEN/A.S.K. TERNG/J.M. VAN DER WULP (eds.), (2002) *Bankruptcy and Fresh Start. Stigma on Failure and Legal Consequences on Bankruptcy. The Dutch Report*.

J. JUSTE, (2005) "La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, pp. 115 ss.

P. LE CANNU, (2005) "La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005", *Revue des Sociétés*, pp. 743 ss.

V. LORENZ, (2005) *Annexverfahren bei Internationalen Insolvenzen*, Tubinga.

V. MAMBRILLA RIVERA, (2004) "Comentario al art. 172 LC", en J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE /V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. III, Valladolid, pp. 2833 ss.

F. MARÍN DE LA BÁRCENA (2005), "Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital", *RdS*, nº 24, pp. 91 ss.

M. MIOLA, (2005) "Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective", *E.C.F.R.*, pp. 413ss.

S. MOCK/CH. SCHILDT, (2005a) "Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland", en HIRTE/MOCK, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, Carl Heymanns Verlag, pp. 468 y ss.

S. MOCK/CH. SCHILDT, (2003) "Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland", *ZInsO*, pp. 396 ss.

P.O. MÜLBERT/M. BIRKE, (2002) "Legal Capital -Is there a Case against the European Legal Capital Rule?", *EBORL*, pp. 695 ss.

A. NIGRO, (2006) "Comentario a los artículos 2484 a 2486 Codice civile", manuscrito gentilmente facilitado por el autor.

A. PERDICES, (2005), "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales a la luz de la Ley concursal", *InDret*, nº 3.

S. RIEDEMANN, (2004) "Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut (Inspire Art und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen Limited in Deutschland)", *GmbHHR*, pp. 345 ss.

G. RIPERT/R. ROBLLOT, (1996) *Traité de Droit Commercial*, t. 2, 15ª edición, París.

A. ROJO, (2002) "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, v. II, Madrid, pp. 1437 ss.

F. SÁNCHEZ CALERO, (2005) *Los administradores de las sociedades de capital*, Madrid.

J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, (2004) "Comentario al art. 5 LC", en J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE /V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Valladolid, pp. 191 ss.

A. SCHALL, (2005) "The UK Limited Company Abroad - How Foreign Creditors are Protected after *Inspire Art*", *EBLR*, pp. 1534 ss.

K. SCHMIDT, (1997a) *Gesellschaftsrecht*, 3ª edición, Colonia-Múnich-Bonn-Berlín.

K. SCHMIDT, (1997b) "Haftungsrisiken wegen Konkursverschleppung und Insolvenzverursachung", en K. SCHMIDT /W. UHLENBRUCK (ed.), *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Colonia, pp. 461 ss.

K. SCHMIDT, (2004) "Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten", *ZHR*, nº 168, pp. 637 ss.

M.D. SCHÖDERMEIER/F. PÉROCHON, (2003) "National Report for France", en W.W. MC BRYDES/S.C.J.J. KORTMANN (eds.), *Principles of European Insolvency Law*, Nijmegen, pp. 237 ss.



A. SCHUMANN, (2004) "Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz", *DB*, nº 14, pp. 743 ss.

G. SPINDLER/O. BERNER, (2004) "Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art", *RIW*, pp. 7 ss.

A. TRUNK, (2004) "Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerung aus Centros, Überseering und Inspire Art", *RSDIE/SZIER*, pp. 531 ss.

P. ULMER, (1991) en P. ULMER (ed.), *Hachenburg Grosskommentar GmbHG*, 8ª edición, Berlín.

P. ULMER, (2004) "Insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz gegenüber Scheinauslandsgesellschaften ohne hinreichende Kapitalausstattung?", *KTS*, nº 2, pp. 291 ss.

F. VICENT CHULIÁ, (2006) "La responsabilidad de los administradores en el concurso", *RcP*, nº 4, pp. 15 ss.

M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, (2003) *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, Madrid.

M. VIRGÓS/F.J. GARCIMARTÍN, (2002) "El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna", *REDE*, pp. 67 ss.

M. WELLER, (2004) "Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?", *IPRax*, pp. 412 ss.

M.J. WHITE, (1998) voz "Corporate Bankruptcy", en *New Palgrave of Law and Economics*, vol. 1, Londres, pp. 483 ss.

CH. WILLEMER, (2006) *Vis attractiva concursus und die europäische Insolvenzverordnung*, Tübinga.

D. ZIMMER, (1996) *Internationales Gesellschaftsrecht das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum internationalen Kapitalmarktrecht und zum internationalen Unternehmensrecht*, Heidelberg.