



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018/2019

CONVOCATORIA JULIO

**TÍTULO: RESPONSABILIDAD CONCURSAL; RESPONSABILIDAD DE LOS
ADMINISTRADORES SOCIALES**

APELLIDOS/NOMBRE ESTUDIANTE: RAMOS NÚÑEZ NADIA

DNI: 47526610P

GRADO/DOBLE GRADO QUE CURSA: GRADO EN DERECHO

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

GARNACHO CABANILLAS LOURDES

Fecha: viernes, 5 de julio de 2019

ÍNDICE.

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DEL ADMINISTRADOR.....	5
2.1. Responsabilidad indemnizatoria	5
2.1.1 Acción individual de responsabilidad	5
2.1.2 Acción social de responsabilidad.....	7
2.2. Responsabilidad cuasi-objetiva.....	8
III. RESPONSABILIDAD CONCURSAL.....	10
3.1 Antecedentes.....	10
3.1.1 Interpretación Doctrinal de la Ley Concursal.....	11
a. Postura sancionadora.....	11
b. Postura indemnizatoria.....	12
3.1.2 Interpretación Jurisprudencial.....	13
a. Audiencia Provincial de Madrid.....	13
b. Audiencia Provincial de Barcelona.....	14
c. Tribunal Supremo: evolución hasta llegar al régimen jurídico actual.....	16
3.2 Estado actual de la cuestión.....	19
3.2.1 Naturaleza jurídica.....	19
3.2.2. Presupuestos.....	22
a. Elemento subjetivo.....	22
b. Elemento objetivo.....	24
3.2.3. Efectos jurídicos.....	26
a. Sanciones de orden público: inhabilitación y pérdida de derechos.....	26
b. Devolución de lo indebidamente extraído y la indemnización de daños y perjuicios.....	27
c. La cobertura total o parcial de déficit patrimonial.....	27
IV. CONCLUSIÓN.....	29
V. BIBLIOGRAFÍA.....	30

ABREVIATURAS.

AA.VV. Autores varios.

SAP. Sentencia Audiencia Provincial.

LC. Ley Concursal.

LSC. Ley Sociedad de Capital

STS. Sentencia Tribunal Supremo.

DC. Declaración de concurso.

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil.

RDL. Real Decreto Ley.

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento concursal viene regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. Anteriormente a la ley del 2003 no había una regulación que recogiese todos los aspectos del concurso de acreedores, si no que había que remitirse al Código de Comercio, en el cual no se hablaba de un concurso de acreedores sino de quiebra.

La Ley 22/2003 buscaba dos soluciones, primero la liquidación de la empresa para poder pagar a los acreedores, o bien, llegar a un acuerdo con los acreedores que ello puede significar la conservación de la empresa (convenio).

Ha sufrido la Ley Concursal varias reformas, por ejemplo, en el 2009 se introdujo por primera vez los acuerdos de refinanciación (consisten en negociar una deuda para evitar el concurso, comunicando al juzgado que se está en periodo de negociaciones para alcanzar dicho acuerdo), en el 2013 se incluyen los acuerdos extrajudiciales, es decir, el mediador concursal. Éste último a diferencia de los acuerdos de refinanciación, no interviene un juez, siendo el mediador concursal designado por el Registrador Mercantil o por el notario ante quien se haga la solicitud.

Tanto los acuerdos de refinanciación como los acuerdos extrajudiciales (mediador concursal) tienen la misma finalidad, reconducir a las partes para que lleguen a un acuerdo, evitando así el concurso.

En el concurso de acreedores se debe tener en consideración siempre y en todo caso la conducta de los administradores, la del deudor e incluso de las personas especialmente relacionadas. Dependiendo de si la conducta ha sido un comportamiento negativo o no, dará lugar a un concurso fortuito o culpable. El concurso es calificado como culpable cuando haya mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación de la situación de insolvencia del patrimonio del deudor. El artículo 164.2 LC hace una enumeración de qué tipo de comportamientos dará lugar a una calificación culpable del concurso, entre ellos, por alzamiento de bienes, debido a un incumplimiento del convenio que da lugar a la apertura de la fase de liquidación, incumplimiento en la llevanza de la contabilidad, etc.

Tras ese comportamiento negativo y su consiguiente calificación como culpable del concurso, debemos hablar de la responsabilidad concursal. A tenor del artículo 172 bis Ley Concursal, debemos entender por responsabilidad concursal la condena a la cobertura total o parcial del déficit, es decir, la condena a pagar la cantidad que resulte a favor de los acreedores y que la masa activa del concurso no pueda satisfacer por insuficiencia.

Se habla de condena, pues bien, durante muchos años la naturaleza de la responsabilidad concursal ha sido un tema controvertido en nuestro Derecho creando así una inseguridad jurídica ya que la doctrina no dejaba claro si la naturaleza de la responsabilidad concursal se trataba de una naturaleza indemnizatoria o bien se trataba de una naturaleza por deudas sociales, es decir, sancionadora.

Como decía el estudio de la naturaleza de la responsabilidad concursal actual artículo 172 bis LC, anterior 172.3 LC, ha sido un tema complejo ya que en un primer momento con la promulgación de la norma (es decir, en el 2003), no dejaba nada claro la naturaleza. En el 2011 la ley sufre una reforma y el juez ahora pasa a modular la condena, es decir, en primer lugar, atiende a los presupuestos del concurso (artículo 164 y 165 LC) y cuál ha sido la participación de cada uno y en qué medida.

La doctrina estaba dividida, tal es así que una parte de la doctrina sostenía que tenía naturaleza sancionadora, la cual se tenía que apoyar en los artículos 164 y 165 Ley Concursal para poder refutar su teoría de que cuando no se cumplían los presupuestos que cita la ley (incumplimiento de la declaración de concurso, incumplimiento en la llevanza de la contabilidad, incumplimiento de colaboración e información con el juez y la administración concursal, alzamientos de bienes etc.) el deudor como las personas afectadas por la calificación culpable del concurso debían ser condenadas por ellos.

La otra parte de la doctrina partía de una justificación añadida, decía que el juez podrá condenar o no podrá condenar, pero en que en caso de hacerlo deberá tener en cuenta la participación de cada uno de ellos en su acto lesivo. Es decir, pedían una relación de causalidad por lo que la responsabilidad debía venir determinada a tenor de que la conducta o comportamiento negativo del administrador o liquidador haya generado o agravado la calificación del concurso como culpable.

Para poder entender que significaba realmente el término de justificación añadida, hemos tenido que analizar numeras sentencias para llegar a la conclusión de que finalmente, todas o casi todas entendían lo siguiente; “la existencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique”.

Finalmente, la naturaleza de la responsabilidad concursal (artículo 172 bis LC) se trata de una naturaleza indemnizatoria, y así lo han venido afirmando los tribunales en sus últimos fallos y por lo que parece que finalmente hay unanimidad doctrinal. Todo ello gracias a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, 7 marzo, el cual exigía una relación de causalidad, rompiendo así con la inseguridad jurídica que había hasta el momento.

Conque el objetivo del presente trabajo ha sido determinar si es posible la coexistencia de la responsabilidad societaria con la responsabilidad concursal (la ley guarda cierto recelo en ello, ya que no deja muy claro si es posible la coexistencia de ambas responsabilidades), así como delimitar la naturaleza de la responsabilidad concursal, ya que el debate de esta última durante mucho tiempo ha sido bastante controvertido debido a que la doctrina no era unánime.

Por lo tanto, para poder determinar tanto la coexistencia de la responsabilidad societaria como la naturaleza de la responsabilidad concursal, he tenido que estudiar las distintas posturas doctrinales, la jurisprudencia menor (tomando como ejemplo la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Barcelona), sentencias de nuestro más Alto Tribunal, así como las últimas reformas que ha ido sufriendo la Ley Concursal, más concretamente las reformas del artículo 172 bis LC tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, 7 de marzo.

II. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DEL ADMINISTRADOR.

2.1. Responsabilidad indemnizatoria

Debemos diferenciar lo primero de todo entre acción social de responsabilidad y acción individual.

Acción Social	Acción individual
Tiene por objeto restablecer el patrimonio de la sociedad.	Tiene por objeto reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros.
Viene regulada en el artículo 238 LSC.	Viene regulada en el artículo 241 LSC.

Ambas acciones afirman que debe existir una relación causal entre la conducta negligente llevada a cabo por el administrador y el daño sufrido por los socios o terceros.

2.1.1 Acción individual de responsabilidad

Antes de empezar a estudiar qué se entiende por la acción individual de responsabilidad, debemos dar una definición general sobre ella.

La jurisprudencia y la doctrina han venido definiendo ésta como aquella modalidad de responsabilidad por “ilícito orgánico”. Ello quiere decir que es contraída por los administradores sociales en el ejercicio de sus funciones, lo que ha lugar a una responsabilidad extracontracual teniendo así un carácter indemnizatorio.

Por lo tanto, se trata de una acción que corresponde a socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de los demandantes (art. 241 LSC “Ley de Sociedad de Capital”).¹

Son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo las que nos establecen unos requisitos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad. Por citar alguna, en la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) 131/2016 del 3 de marzo del 2016, nos establece lo siguiente:

Primero, incumplimiento de una norma.

Segundo, que se hayan producido actos u omisiones negligentes por parte de los administradores, como órgano social. Es decir, la imputabilidad de la conducta a los administradores sociales.²

Si bien es cierto, no es necesario que se haya producido un acto contrario a la ley o a los estatutos sociales sino basta con que se haya omitido la diligencia que corresponde a un ordenado empresario y representante leal.

A tenor del artículo 236.1 LSC, para que pueda atribuirse a los administradores la responsabilidad por el daño producido, se requiere que el demandante pruebe la concurrencia de culpa o dolo en la realización del comportamiento antijurídico.

¹ ASENJO RODRÍGUEZ E. *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas. Responsabilidad concursal.* En La Calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, VV.AA. (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B), Aranzadi, 2013, págs. 303 al 314.

² PÉREZ BENÍTEZ J.J. *El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales.* En Consejo General Abogacía Española, 2016, pág. 2

Tercero, la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño.

Cuarto, existencia de relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Es necesario acudir a la teoría de la adecuación de la causa para poder demostrar la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación ilícita y culpable, es decir, habrá que distinguir el origen del daño y la medida en que la producción del daño deriva de la actuación de los administradores.³

Quinto, el daño producido contra el socio o acreedor debe ser directo.

Una vez analizado los requisitos para que deba prosperar la acción individual, nos suscita la duda de si existe alguna posibilidad de exoneración. Bien, a tenor de nuestra Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de éstos tiene carácter solidario entre TODOS los miembros del órgano de administración que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo lesivo y/o incurrieron en una omisión dañosa.⁴

Si bien es cierto, a tenor del ex artículo 237 LSC hay una posibilidad de exonerarse de la responsabilidad. “Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

Con relación a quién está legitimado para el ejercicio de la acción individual, debo puntualizar, que estará legitimada cualquier persona, aunque no ostente la condición del socio.

Hasta ahora hemos analizado qué se entiende por responsabilidad individual, pero no hemos hablado de ella en el plano concursal, es decir, la concurrencia con la responsabilidad concursal. La Ley Concursal no se pronuncia sobre ello, guarda cierto recelo.

Bien es cierto que, la mayoría de los tribunales consideran que la acción individual de responsabilidad no resulta afectada por la declaración de concurso. Por lo tanto, se puede ejercitar una vez declarado el concurso y en caso de que se estuviese ejercitando la acción antes de la declaración del concurso, sigue su procedimiento.

El argumento principal de éstos para defender una compatibilidad de la acción individual y el procedimiento concursal es que el acreedor se dirige contra el administrador como tercero cuyo patrimonio ha resultado dañado por el comportamiento del administrador, por lo que no lo hace en concepto de acreedor concursal. Ahora bien, si el acreedor logra el cobro del crédito sobre la base de una condena estimatoria de la acción individual de responsabilidad, el juez del concurso deberá tenerlo en consideración en la reducción de la cuantía del déficit concursal y, por tanto, en la eventual condena de los administradores como responsables concursales⁵

³ VV.AA. Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales. (Dir. Díaz Moreno A./ Vázquez Cueto J.C.), en Aranzadi, 1ª edición, 2018, págs. 251 y 267 a 270.

⁴ COHEN BENCHETRIT A. *La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia*, en el derecho.com, año 2017, pág. 10.

⁵ MORALES BARCELÓ J. *La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en derecho español* en la Revista de Derecho, Número 21, Año 2016 / 3-19 pág. 13

Numerosos autores como Muñoz Planas y Muñoz Paredes, ratificaban lo que venían diciendo los tribunales, considerando que no se puede alterar la par conditio creditorum, por lo que es perfectamente posible la concurrencia de ambas responsabilidades.⁶

2.1.2 Acción social de responsabilidad.

Podemos definir la acción social como el derecho que la ley concede a determinadas personas (sociedad, socios, acreedores) a exigir judicialmente que se repare cualquier detrimento en el patrimonio social motivado por determinadas conductas.

La acción social tiene finalidad indemnizatoria, naturaleza societaria y origen legal. Es decir, tiene una finalidad indemnizatoria cuyo objeto es reparar el perjuicio causado por los administradores (de hecho o de derecho) al patrimonio social.

En cuanto a la legitimación para poder ejercitar la acción social de responsabilidad, debemos remitirnos a la Ley de Sociedades de Capital, todo ello viene recogido en los artículos 239 LSC y 240 LSC.

En primer lugar, está legitimada la sociedad PREVIO acuerdo favorable de la Junta General. Ésta es una competencia que la Junta General ostenta con carácter exclusivo y excluyente.

Subsidiariamente, los socios que individualmente o conjuntamente sean titulares de acciones o participaciones que representen un 5% del capital social. Ahora bien, el artículo 239 LSC continúa diciendo que los socios de manera directa podrán ejercitar la acción sin ser necesario someter la decisión a la junta general cuando la infracción se trata del deber de lealtad.

Por último, los acreedores individualmente, solo en caso de que ni la sociedad ni los socios hubiesen ejercitado la acción y el patrimonio fuese insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

¿Cuándo se puede ejercitar la acción? Es indiferente, puede ser antes o después de la declaración de concurso, si el concurso se inicia y la acción prospera, la indemnización aumentará la masa activa.⁷

Son numerosas las sentencias las que vienen reiterando cuales deben ser los presupuestos o requisitos que deben darse para poder ejercitar esta acción, así a modo de resumen destacamos los siguientes:

Primero, los contrarios a la Ley, a los estatutos.

Segundo, los derivados del incumplimiento de deberes inherentes al cargo, es decir, los que se recogen en el artículo 225 a 232 LSC.

En suma y a modo de ejemplo, destacamos la sentencia del Tribunal Supremo en la cual hace especial enfoque a la doctrina jurisprudencial STS 281/2017, de 10 de mayo, alegando que los requisitos para ejercitar la acción son los siguientes, y cito textualmente:

Tercero, “la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.

⁶ MORALES BARCELÓ J. *La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en derecho español* en la Revista de Derecho, Número 21, Año 2016 / 3-19 pág. 12.

⁷ ASENJO RODRÍGUEZ E. *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal* en el Libro La Calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. VV.AA. (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B), Aranzadi, 2013, pág. 304.

Cuarto, que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.

Quinto, que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.

Sexto, que la sociedad sufra un daño

Séptimo, que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño”.

Por lo tanto, el ejemplo más claro se da cuando una sociedad en un momento determinado debido a las pérdidas que lleva acarreado durante un periodo de tiempo, deja de funcionar y de cumplir con sus obligaciones sin que proceda el administrador de la mercantil a su liquidación por vía legal.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 9.05.2014:

” Lo que no se puede cuestionar es que la desaparición de facto del negocio sin sujeción al procedimiento legal, que es un comportamiento precisamente imputable, por vía de omisión, al administrador de la entidad XXXXX SL, perjudica al acreedor de ésta, tanto a la parte demandante como a cualquier otro que estuviese pendiente de percibir pagos, pues con el abandono de hecho de la entidad se les ha desprovisto de cualquier posibilidad de cobrar, al menos en alguna proporción, su correspondiente crédito. Por lo que debe tutelarse el derecho del acreedor perjudicado a exigir responsabilidad al administrador por haber actuado de ese modo. Una vez demostrado por la acreedora demandante que tenía un crédito a su favor y que se había producido el cierre de facto de la entidad que era su deudora (constatado en este caso mediante la desaparición del domicilio social y simplemente complementado, como dato adicional que también apunta a un desentendimiento por parte del gestor de la diligente llevanza de la entidad, con el hecho de que ni tan siquiera se estaba cumpliendo con la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil), incumbía al administrador de la sociedad deudora no sólo haber alegado sino también demostrado, entre otras razones porque dispondría de más facilidad para ello (artículo 217.7 de la LEC), que la situación no era tal o que la parte actora tenía a su disposición activos sociales con los que poder hacer efectivo el cobro de su derecho. Por lo que la imputación de responsabilidad en su contra merece ser respaldada por este tribunal.”

A modo de resumen y llevando la reflexión al tema que nos es acaecido, esta acción es posible ejercitarse aun cuando haya sido iniciado el procedimiento concursal, por lo tanto, bajo mi opinión, es posible la concurrencia de la responsabilidad concursal con la responsabilidad social.⁸

2.2. Responsabilidad cuasi-objetiva.

Podemos clasificar la responsabilidad de los administradores en dos clases, responsabilidad indemnizatoria (responsabilidad individual y acción social de responsabilidad) y la responsabilidad cuasi-objetiva.

⁸ MORALES BARCELÓ J. “*La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en derecho español*” Revista de Derecho, Número 21, Año 2016 / 3-19 pág. 10. En su análisis que llevo a cabo para entender si existía coordinación entre ambas responsabilidades, destacó Vázquez Albert (2004) quien afirmó: “la responsabilidad concursal y la acción social constituirían regímenes alternativos, no cumulativos, siendo la responsabilidad concursal el régimen subsidiario en caso de que no ejercieran la acción social ni los administradores concursales, ni la sociedad, los socios o los acreedores de la sociedad”.

La responsabilidad por deudas tiene carácter sancionador, a diferencia de las otras NO exige relación de causalidad.

El objeto/finalidad es que los administradores se abstengan del incumplimiento del deber legal de convocar la Junta General en el plazo de los dos meses posteriores tras la liquidación llegando adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad.⁹

Debemos recordar que los administradores deben solicitar la declaración de concurso (de aquí en adelante lo llamaremos DC) en el momento en que la sociedad entre en situación de insolvencia actual o inminente en un plazo de 2 meses desde que conoció o debió conocer de la situación. La solicitud del concurso exonera a los administradores de la responsabilidad del artículo 367 Ley Sociedad de Capital (de ahora en adelante LSC)

Para que esta acción no se vea frustrada sólo deberá probarse la concurrencia de unos presupuestos objetivos: la existencia de un crédito contra la sociedad; la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad; y la omisión por los administradores de su obligación de promover la liquidación de la sociedad mediante la convocatoria de la junta, solicitando que se convoque judicialmente cuando sea su caso, o mediante solicitud de declaración de concurso cuando concurra el presupuesto objetivo.¹⁰

Con relación a la concurrencia de responsabilidades, se pueden dar dos casuísticas. En primer lugar, la sociedad está en situación de pérdidas graves y situación de insolvencia actual, en dicho caso, tiene preferencia el procedimiento concursal, ya que los administradores tienen que solicitar el concurso de forma voluntaria. Ahora bien, si no lo hacen, a tenor del artículo 165 Ley Concursal, se podrá calificar el concurso como culpable (debemos recordar que uno de los supuestos para la calificación culpable del concurso recogido en el presente artículo es el incumplimiento de la declaración de concurso). Con lo cual, tienen los administradores un plazo de 2 meses para solicitar el concurso (artículo 5 Ley Concursal) desde que se conoció o se debió conocer de la situación de insolvencia.

De este primer supuesto se entiende que no se exonera a los administradores de la responsabilidad del artículo 367 LSC.

En segundo lugar, la sociedad se encuentra en situación de pérdidas graves e insolvencia inminente. En este caso el juez no podrá condenar a los administradores como responsables concursales, ya que no está en situación de insolvencia actual, por ende, los administradores no están obligados a solicitar el concurso.

En suma, la jurisprudencia viene diciendo que SOLO es posible en los supuestos en que, con anterioridad a una situación de insolvencia actual, la sociedad se encuentre en situación de pérdidas graves. Por lo tanto, los acreedores pueden ver satisfechos sus créditos por dos vías; concursal y societaria.¹¹

⁹ ASENJO RODRÍGUEZ E. *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal* en el libro *La Calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. VV.AA. (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B), Thomson Reuters Civitas, 2013 pág. 305

¹⁰ ASENJO RODRÍGUEZ E. *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal* en el libro *La Calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. VV.AA. (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B), Thomson Reuters Civitas, 2013 pág. 306

¹¹ MORALES BARCELÓ J. *La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en derecho español* en la *Revista de Derecho*, Número 21, Año 2016 / 3-19, págs. 8 y 9.

III. RESPONSABILIDAD CONCURSAL.

3.1 Antecedentes.

La naturaleza de la responsabilidad concursal es un tema complejo en nuestro sistema. Durante mucho tiempo eran muchos los autores los que confrontaban unas ideas con otras, incluso en algunos casos llegando a cambiar su opinión sobre la misma en reiteradas ocasiones.

El ex artículo 172.3 Ley Concursal y actual 172 bis Ley Concursal, debido a que su redacción no era clara daba lugar a diferentes interpretaciones, tal es así que para poder determinar qué tipo de naturaleza tenía la responsabilidad concursal el presente artículo, la doctrina se venía apoyando en los artículos 164 y 165 LC. El artículo 172.3 de la Ley Concursal decía “el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido ésta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.” Por lo que podemos distinguir dos clases de interpretaciones;

Los primeros, los que hablaban de una presunción iuris tantum, apoyándose en los artículos 164.1 y 165 LC, en los cuales se precisa de una relación de causalidad entre un comportamiento antijurídico y un daño, con lo cual parece entenderse que apoyaban la naturaleza indemnizatoria del artículo ya que en algunos casos hablaban de la justificación añadida.

La justificación añadida significa que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit que lo justifique.

“Esta justificación añadida puede ser una relación de causalidad o no en la generación o agravación de la insolvencia, la gravedad de la conducta en sí misma considerada, el dolo, la culpa, la acción/omisión, los efectos producidos, las circunstancias concurrentes, etc., ya sea individualmente valoradas o bien en su conjunto”.

En segundo lugar, los que partían de una presunción iure et de iure a tenor del artículo 164.2 Ley Concursal, decía que no se requiere de una existencia de relación de causalidad entre comportamiento antijurídico y daño, por lo que reconoce la culpabilidad a través de la concurrencia de una determinada actividad, por lo que parecía entenderse que este sector apoyaba o entendían que la naturaleza de la norma era de carácter sancionador. Es decir, parece entenderse que estamos ante unas conductas a las que se les imputa legalmente la calificación culpable, sin tener en consideración la existencia de dolo o culpa grave, ni la necesidad de probar una relación de causalidad con el daño o insuficiencia patrimonial producida.¹²

Por lo tanto, en el artículo 164.2 de La Ley Concursal, no se requiere que dichas conductas hayan generado o agravado la insolvencia, ni hay mención alguna al dolo o a la culpa grave, por lo que no hay que acreditar su concurrencia.¹³

¹² GARNACHO CABANILLAS L. *La naturaleza de la responsabilidad concursal ex artículo 172 Bis LC*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, año 2013. en Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, EPrints, nº 74, año 2013 pág 13-14.

¹³ GALLEGO E. *Las presunciones relativas al dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal*, en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B), en la calificación del concurso y responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 2013, pág. 177.

Ahora bien, en esa calificación de concurso culpable puede darse un elemento subjetivo. Este elemento subjetivo es lo que conocemos como las personas afectadas por el concurso. Podemos destacar a los siguientes:

El primero, el deudor o en su caso el representante legal, en segundo lugar, las personas encargadas para la gestión del patrimonio, en tercer lugar, los socios (serán personas afectadas por la calificación del concurso en tanto en cuanto su comportamiento negativo haya frustrado el acuerdo de refinanciación).

No debemos dejar de mencionar a la figura de los cómplices, son terceros que hayan cooperado con las personas afectadas por la calificación en la realización de cualquier acto generador de la calificación culpable del concurso, cuyo comportamiento tiene que ser un comportamiento activo.

El carácter de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal creó bastante inseguridad jurídica ya que ni nuestra doctrina ni los propios tribunales se ponían de acuerdo en sus resoluciones ni nuestro más Alto Tribunal terminaba de aclarar la naturaleza de la misma. Algo que provocaría que el artículo 172 bis LC, haya sufrido numerosas reformas desde su promulgación, destacando la reforma del 2011 y el Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, circunstancias que pasamos analizar.

3.1.1 Interpretación Doctrinal de la Ley Concursal.

a. Postura sancionadora.

La doctrina que entendía que se trataba de una naturaleza de carácter punitivo o sancionador se apoyaba para defenderla comparando ésta con la responsabilidad de deudas sociales. “En la responsabilidad concursal ese origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal, concluyendo que mientras que la acción social de responsabilidad tiene una finalidad resarcitoria, en cambio la responsabilidad concursal tendría una finalidad sancionatoria-punitiva”.¹⁴

Otra parte de la doctrina partía de tres puntos clave para determinar que estamos ante una naturaleza sancionadora y no indemnizatoria:

En primer lugar, todas las propuestas presentadas a favor de una naturaleza indemnizatoria de la norma durante la tramitación parlamentaria se terminaron rechazando.

En segundo lugar, porque supondría una duplicidad la inclusión de una norma indemnizatoria del artículo 172.2.3 Ley Concursal. Es decir, en su artículo 172.2. 3º, se establece una responsabilidad por daños y perjuicios causados, lo que constituiría, en caso de que la responsabilidad del artículo 172bis LC fuese responsabilidad indemnizatoria, una duplicidad innecesaria de responsabilidades con la misma finalidad.¹⁵

En tercer lugar, y cito textualmente “por razones jurídicas, porque la tesis indemnizatoria deja sin tratamiento aquellas conductas u omisiones dolosas que no se concretan en daños identificables pero que indudablemente ayudan al menos a agravar la insolvencia, o lo que es lo mismo, porque una teoría indemnizatoria dejaría impune comportamientos de

¹⁴ Alonso Ureba A. haciendo referencia a García Cruces en *Sentencia de calificación* VV.AA. en Comentarios a la Legislación Concursal; ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal, Tomo II, Dykinson, 2004, pág. 1446.

¹⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, 2004, Thomson-Aranzadi, págs. 170 a 188.

personas afectadas por la calificación cuando no pudiera demostrarse una relación de causalidad”.

Por lo tanto, en un primer momento defendía que la naturaleza de la responsabilidad concursal debería considerarse punitiva, es decir, de carácter sancionador, ahora bien, hacía un pequeño matiz, el cual decía que, aunque tiene carácter sancionador, bien cierto es que tiene algún elemento resarcitorio la norma.

Ese pequeño matiz del que hablábamos en el párrafo anterior, lo sostiene alegando que no habrá imputación subjetiva, cuando estemos hablando de comportamientos jurídicos que estén establecidos en el artículo 164.2 LC, ya que en dicho caso únicamente lo que debemos mirar es la participación en los hechos y que debido a ello ha lugar a la calificación culpable del concurso.¹⁶

García Cruces y un amplio sector de nuestra doctrina, como por ejemplo Fernández de Gándara, Quijano González, Beltrán Sánchez, Manchado Plazas entre otros, defendían la tesis de responsabilidad punitiva a modo de sanción civil. Venían entendiendo que estábamos ante un mecanismo sancionador punitivo de cobertura del fallido concursal y no ante una responsabilidad resarcitoria.¹⁷

b. Postura indemnizatoria.

Los que defendían esta postura entendían que el art. 172.3 Ley Concursal no se trataba de una responsabilidad sanción sino una responsabilidad por daño, ya que se establece una relación de causalidad entre la responsabilidad concursal y el hecho de que los créditos resulten total o parcialmente fallidos.

“Estamos ante una responsabilidad por daños causado a la sociedad al generar o agravar el estado de insolvencia de la misma, daño que en cuanto tal dará lugar a que los acreedores puedan no ver satisfechos íntegramente sus créditos en la liquidación concursal, siendo por tanto el daño a los acreedores derivativo del daño causado a la sociedad”¹⁸

Entendían que “vincula la responsabilidad por el total o parte de los créditos fallidos al presupuesto de la generación o agravación del estado de insolvencia imputable dolosamente o con culpa grave a los administradores, de manera que puede afirmarse que se establece una relación de causalidad entre dicho presupuesto de responsabilidad concursal y el hecho de que los créditos resulten total o parcialmente fallidos, y a partir de esa relación de causalidad deberá ponderarse el alcance subjetivo y objetivo de la responsabilidad respecto de cada uno de los administradores, de manera que no se trata de una responsabilidad sanción sino responsabilidad por daño”.¹⁹

Con relación a la condena a cubrir el déficit, este sector doctrinal defiende que siempre que el concurso sea culpable los afectados por ésta deben ser condenados a cubrir el déficit y será el juez quien determine quienes son los condenados a cubrirlos y en qué medida.

¹⁶ GARNACHO CABANILLAS L. *La naturaleza de la responsabilidad concursal ex artículo 172 Bis LC*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 20 Año 2014, La Ley grupo Wolters Kluwer, pág. 215-235.

¹⁷ Alonso Ureba A. en opinión de García Cruces, *La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC* (Dir, Pulgar Ezquerro J.) VV.AA. en el manual El concurso de acreedores, La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012, pág. 590.

¹⁸ Alonso Ureba A. *Sentencia de calificación* en Comentarios a la Legislación Concursal, Dykinson, 2004, pág. 1146.

¹⁹ Alonso Ureba A. *Sentencia de calificación* en Comentarios a la Legislación Concursal, Dykinson, 2004, pág. 1147.

Entendían que el fundamento de la responsabilidad concursal parte del incumplimiento con dolo o culpa grave de los deberes de control o minoración del riesgo de insolvencia cuyo contenido varía en función de cuál sea la situación financiera y patrimonial de la persona.²⁰

En relación con la opinión del Magistrado, Ignacio Sancho Gargallo, el juez puede condenar a todo o a parte, puede fijar esa proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que debe responder, es decir, el alcance de la condena

Un amplio sector de nuestra doctrina como Alonso Ureba, Pulgar Ezquerra, Gallego Sánchez, Roncero Sánchez y Vicent Chuliá entre otros, defendían la tesis de una responsabilidad resarcitoria. Entendían que la sentencia condenatoria deberá basarse de manera individualizada y atendiendo al nexo causal.²¹

3.1.2 Interpretación Jurisprudencial.

Evidente es el debate surgido de la confrontación doctrinal para determinar si la responsabilidad concursal se trata de una responsabilidad indemnizatoria o por si el contrario se trata de una responsabilidad sanción.

Del estudio realizado parece deducirse que numerosas eran las sentencias que se inclinaban en un primer momento por una responsabilidad por deudas, que no por una responsabilidad concursal con naturaleza indemnizatoria.

a. Audiencia Provincial de Madrid.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 176/2009 y sentencia 31/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid alegan que estamos ante una responsabilidad por sanción, es decir, responsabilidad por deudas.

Así lo venía anunciando “La Sala, siendo consciente de que se encuentra ante una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en las resoluciones de los tribunales recaídas hasta el momento, considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales”.²²

La sala del Tribunal llega a la conclusión por dos razones.

En primer lugar, **por la propia literalidad de la norma.** Deja bastante claro que en el artículo 172.3 LC no hay elemento propio que nos lleve a pensar que estamos ante una responsabilidad por daños (también llamada responsabilidad indemnizatoria).

²⁰ MARÍN DE LA BARCENA F. *Responsabilidad concursal*, en Anuario de derecho concursal, nº 28, año 2013 pág. 130. De su estudio realizado parecía entenderse que se decantaba por una responsabilidad indemnizatoria al inclinarse por la exigencia de una “justificación añadida” que venían exigiendo los tribunales.

²¹ Alonso Ureba A. *La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC* (Dir, Pulgar Ezquerra J.) VV.AA. en el manual El concurso de acreedores, La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012, pág. 589.

²² Audiencia Provincial de Madrid, Fecha 05/02/2008, Sentencia 1417/2008, Nº de Resolución 31/2008, Nº de Recurso 255/2007, en fundamentos de derecho octavo, pág.6.

Además, siguiendo el precepto literal del artículo 172.3 LC no menciona nada sobre la causalidad que debe darse entre una conducta y un daño, es decir, que no prevé la indemnización del daño causado por la conducta del sujeto al que se atribuye dicha responsabilidad. Por el contrario, si parece desprenderse del mismo, que se prevé en el presente articulado una responsabilidad por deudas.

En segundo lugar, **la interpretación sistemática del precepto.** Compara el artículo 172.3 LC con el artículo 172.2.3

“Si interpretamos el art. 172.3 de la Ley Concursal en el sentido de que establece una responsabilidad resarcitoria, en la que es necesaria la prueba en cada caso concreto de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño, resultará el contrasentido de que dicha responsabilidad concursal no podrá acordarse en la mayoría de los casos de concurso culpable, en especial en los supuestos en que las conductas han sido más graves, los del art. 164.2 de la Ley Concursal, en las que justamente por esa gravedad, "por su intrínseca naturaleza", el ordenamiento jurídico exime de la prueba de la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia para que el concurso pueda calificarse como culpable, puesto que el enlace causal se preestablece en la misma norma legal”.

Por lo tanto, la Audiencia de Madrid entiende que una vez que la sentencia que dicta la calificación del concurso como culpable a tenor del artículo 171.1 LC, no se exige una nueva determinación de la relación de causalidad para proceder en tal sentencia a la imposición de la responsabilidad concursal del art. 172.3 Ley Concursal a los administradores o liquidadores a los que subjetivamente pueda imputarse la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable.

Parece sacarse en claro que quienes defienden la postura de naturaleza sancionadora, no configuran la responsabilidad concursal como sanción específica del incumplimiento del deber de solicitar el concurso, como si otros modelos reconocen como pueden ser el modelo francés y el inglés.²³ Del artículo 180 del Derecho francés parece entenderse que no se exige ningún grado de imputabilidad en relación al dolo o culpa grave, es decir, la misma puede extenderse a todos o a alguno de los directivos, sin establecer limitación temporal en cuanto al momento en que se ha ostentado la condición.²⁴

b. Audiencia Provincial de Barcelona.

Ahora bien, en cuanto a la Audiencia de Barcelona en la sentencia 11309/2010 de 3 de noviembre de 2010 defiende que la responsabilidad concursal del administrador social deberá tratarse como una responsabilidad indemnizatoria.

A modo de analizar la sentencia para entender mejor porqué llega a esa conclusión, alega que esa condena a indemnizar daños y perjuicios no solo va dirigida a las personas afectadas por la calificación, sino que también puede alcanzar a los cómplices (debemos recordar que los cómplices son terceras personas que han cooperado con las personas afectadas por la calificación culpable del concurso, dicha cooperación debe ser realizada mediante un comportamiento activo). En cualquier caso, se trata de daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable del concurso.

El concurso de acreedores se declara culpable cuando se constate que en la generación o agravación de la insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del deudor o sus representantes.

²³ VV.AA. GUERRA MARTÍN G. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, 1ª edición, año 2011, vid.

²⁴ ALONSO UREBA A. “*Sentencia de calificación*” AA.VV. (Dir. Pulgar Ezquerro J) en *Comentarios a la Legislación Concursal; ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*, Tomo II, Dykinson, 2004, Pág. 1434.

Por lo tanto, la calificación como culpable del concurso se va a basar en realizar por un lado, un juicio de antijuricidad de la conducta del deudor y constatar si se ha producido un desvalor por el comportamiento respecto del patrimonio del deudor, y por otro lado, realizar un juicio de atribución a las denominadas personas afectadas por el concurso y sus cómplices (elemento subjetivo), la inhabilitación, pérdida de derecho como acreedor concursal o contra la masa, obligación de indemnizar por daños y perjuicios y obligación de reintegrar el déficit concursal.

La identificación de un daño patrimonial y su imputación a las personas afectadas es necesario para atribuir la obligación de indemnizarlas.

En suma, el art. 164.2 Ley Concursal se trata de una presunción iure et de iure el cual no admite prueba en contrario tratándose de comportamientos que por sí solos constituyen una infracción en la gestión ordenada y una lesión del bien jurídico protegido. Asimismo, recoge tres conductas para declarar el concurso como culpable.

La primera conducta reprochable sería el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad.

La segunda conducta sería la llevanza de doble contabilidad.

Tercera y última, las irregularidades en la contabilidad relevantes que impidan la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía.

La estructura de imputación (art. 165 LC) únicamente atiende a la realización del acto, y al establecer una presunción de dolo o culpa grave, permite la posibilidad de eximirse de responsabilidad justificando la ausencia de este elemento subjetivo. Es decir, el presente artículo se basa en una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario) por lo que se presume que los gestores realizaron comportamientos sin observar una gestión ordenada del mismo y por ende la insolvencia es atribuible a su comportamiento.

Los daños y perjuicios a que se condenara a pagar a las personas afectadas por la calificación y/o cómplices van ligados a la referida condena restitutoria.

Llama especial atención el verbo “podrá” del art. 172.3 Ley Concursal “Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se **podrá**, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”²⁵

Es de rigor destacar el voto particular de la magistrada en la SAP (Sentencia Audiencia Provincial) 11309/2010, 3 noviembre el tenor literal de artículo 172.3 LC, no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de una calificación, sino que otorga al juez la facultad de poder condenar y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio, y este responde al esquema de responsabilidad por daño y culpa. Otros autores como Cerdá Albero seguían la corriente del Magistrado.

La magistrada en su voto particular alega:

En primer lugar, el juez puede condenar no hacerlo, y en caso de condenar puede fijar el alcance de la condena, porque no es una consecuencia automática de la calificación del concurso, se requiere una justificación añadida.

²⁵ Audiencia Provincial de Madrid, 03/11/2010, Sentencia 11309/2010, N° de Resolución 348/2010, N° de Recurso 364/2009, en su Fundamento de derecho 6º, pág. 5.

Está haciendo una interpretación literal del artículo 172 bis Ley Concursal (anterior 172.3 Ley Concursal).

Por lo tanto, considera la calificación como culpable del concurso como algo necesario pero NO suficiente para la responsabilidad concursal.

En segundo lugar, la justificación añadida.

Si bien es cierto, el TS también defendió que para hacer responsable al administrador es necesario que el administrador haya actuado con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de la insolvencia de la sociedad.

Del precepto sacamos como conclusión, como bien dice Ignacio Sancho Gargallo, el juez puede condenar a todo o a parte, puede fijar esa proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que debe responder, es decir, el alcance de la condena.

En suma, el criterio de imputación más adecuado es el de causalidad, es decir, que la responsabilidad debe venir determinada a tenor de que la conducta del administrador o liquidador haya generado o agravado la calificación del concurso como culpable.

Es decir, si es responsable de la generación de la insolvencia en su totalidad, será condenada a pagar TODO el déficit concursal. Ahora bien, si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, entonces en este caso la condena será gradual.

Así lo alegaba también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 173/2007, 19 de marzo, la cual defendía que la calificación culpable del concurso es una condición necesaria pero no suficiente para la condena de la cobertura del déficit, es decir, que debe haber esa causalidad entre la conducta del administrador y la causación del resultado.

Como hemos dicho al inicio del apartado, parecían ser más abundantes las sentencias que se inclinan por una responsabilidad sancionadora que la indemnizatoria, tal es así que frente a estas dos sentencias, la propia Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril del 2012 cambió de opinión diciendo que no se trata de una acción estricta de resarcimiento, pero niega su carácter sancionador, es decir, no se exige el nexo de causalidad.

Entendía que no se trataba de una responsabilidad por daños, sino por deudas cuyo objeto era resarcir el daño indirecto causado a los acreedores.²⁶

c. Tribunal Supremo: evolución hasta llegar al régimen jurídico actual.

STS 1068/2011 de 23 de febrero de 2011, entendía que la forma más correcta de interpretar la responsabilidad concursal, era entenderla como una responsabilidad indemnizatoria, ya que como bien establecía en su fundamento sexto, se condena al administrador a satisfacer los derechos de los acreedores sociales en medida equivalente al total que no perciban en la liquidación de la masa activa. Por lo tanto, se entiende que tiene que darse una relación de causalidad.

La sentencia seguía alegando que a tenor del ex artículo 172.3 LC (actual 172 bis LC), la responsabilidad concursal carece de naturaleza sancionadora, ya que dicha responsabilidad

²⁶ RODRÍGUEZ GUILLERMINA E. *Responsabilidad de los administradores sociales: sentencia del tribunal supremo 21 de mayo 2012* en Doctrina Pérez-Llorca pág. 4

de los administradores o liquidadores proviene de la imputación derivada por haber contribuido con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la situación de insolvencia.²⁷

Ese mismo criterio seguía la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 5833/2011, 12 de septiembre de 2011, además ponía de relieve la sentencia 56/2011, 23 de febrero la cual decía, y cito textualmente “la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable el daño indirectamente que fue causado a los acreedores, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”.²⁸

Por lo tanto, en estas dos primeras sentencias del Tribunal Supremo podemos observar cómo niega de manera rotunda el carácter sancionador de la responsabilidad concursal, y por el contrario, subrayando el carácter indemnizatorio de la misma, alegando que es el daño indirecto que sufren los acreedores de la sociedad concursada como consecuencia de la insolvencia.²⁹

La STS 6838/2011 de 6 octubre, alegaba que no era necesaria el nexo causal entre la conducta y el daño sino que se requiere una justificación añadida. “La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2003, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino una justificación añadida”.

“Es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación de concurso como culpable...”.³⁰

Hasta el momento la jurisprudencia ha negado en sentido estricto la naturaleza sancionadora de la norma, debido a que no provoca únicamente un efecto negativo sobre los administradores sociales, sino también para los acreedores.³¹

Ahora bien, la valoración de los elementos subjetivos y objetivos corresponde al Juez de concurso debiendo analizar caso por caso, es decir, a tenor del artículo 164.2 LC, las conductas antijurídicas constituyen un mandato del legislador, exista o no nexo causal.³²

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo 1068/2011, 23 de febrero, Nº de Resolución 56/2011, Nº de Recurso 1626/2007, Fundamento de derecho séptimo, pág. 5.

²⁸ Sentencia Tribunal Supremo 5833/2011, 12 de septiembre, Nº de Resolución 615/2011, Nº de Recurso 1211/2008, Fundamento de derecho cuarto, pág. 4.

²⁹ HERNANDO MENDÍVIL J. *Responsabilidad concursal y seguridad jurídica* VV.AA. (Coordinador Díez-Picazo L.) Libro; ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR JOSE MARÍA MIQUEL TOMO I, AÑO 2014 pág. 1631.

³⁰ Sentencia Tribunal Supremo 6838/2011, 6 de octubre, Nº de Resolución 644/2011, Nº de Recurso 1013/2008, Fundamento de derecho cuarto, pág. 4.

³¹ HERNANDO MENDÍVIL J. *Responsabilidad concursal y seguridad jurídica* VV.AA. (Coordinador Díez-Picazo L.) LIBRO; ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR JOSE MARÍA MIQUEL TOMO I, AÑO 2014 pág. 1631.

³² HERNANDO MENDÍVIL J. *Responsabilidad concursal y seguridad jurídica* VV.AA. (Coordinador Díez-Picazo L.) LIBRO; ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR JOSE MARÍA MIQUEL TOMO I, AÑO 2014 pág. 1637.

Así el alcance objetivo de la responsabilidad se prevé por el legislador que la condena a los administradores o liquidadores pueda ser a pagar a los acreedores total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban (los acreedores) en la liquidación de la masa activa.³³

Por lo tanto, parece entenderse que ese alcance objetivo debe estar apoyado en los presupuestos que se tienen que dar a tenor del artículo 164.2 y 165 LC para la calificación culpable del concurso. El artículo 164.2 se trata de una presunción iure et de iure en el cual recoge una serie de comportamientos que darán lugar a la calificación culpable del concurso (incumplimiento de la llevanza de contabilidad o cuando lleva una doble contabilidad; incumplimiento información documental exacta para la solicitud de concurso; simulación de la situación patrimonial ficticia antes de la declaración de concurso, alzamiento de bienes, apertura de la liquidación acordada de oficio por incumplimiento del convenio por causa imputable al concurso).

El artículo 165 LC establece una presunción iuris tantum, recogiendo así los siguientes comportamientos para calificar como culpable el concurso: incumplimiento del deber de solicitar el concurso, incumplimiento del deber de colaboración con el juez y la administración concursal, y cuando el deudor tenía la obligación de llevar la contabilidad y no ha formulado las cuentas anuales ni las ha sometido a auditoría.

El elemento subjetivo, se trata de las personas afectadas por la calificación culpable del concurso (los encargados de gestión, socios y cómplices).

Con la STS 4441/2012, 21 de mayo, Ignacio Sancho Gargallo vuelve hacer el inciso sobre la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal y lo hace comparando el artículo 172.3 LC (actual 172 bis LC) con el Código de Comercio Francés. “La norma francesa establece un vínculo de causalidad entre la insuficiencia del activo y la conducta de los administradores sociales, para que se les pueda condenar a pagar todo o parte del déficit. El déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos”.³⁴

Bajo esta lógica en la medida en que pueda imputarse al administrador y/o liquidadores la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, en esa medida se les puede hacer responsable del déficit concursal.

Recordemos que, si el juez puede condenar, es que también puede no condenar, y tanto si lo hace como si no se debe acudir a un criterio claro de imputación que garantice la seguridad jurídica.

El Magistrado seguía manifestando, en su voto particular, que el criterio de imputación de la responsabilidad vendría determinado por la incidencia que hubiesen tenido en la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad. En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de esa misma manera deberá responder, quedando la condena de la siguiente forma,

Primero, si es responsable totalmente de la generación, éste será condenado a pagar todo el déficit concursal.

Segundo, si es responsable en parte, habrá que graduar esta incidencia.

³³ ALONSO UREBA A. *Sentencia de calificación* VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J) en Comentarios a la Legislación Concursal; ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal, Tomo II, Dykinson, 2004, pág. 1441.

³⁴ Sentencia Tribunal Supremo 4441/2012, 21 de mayo, N° Resolución 298/2012, N° de Recurso 1157/2009, en su voto particular once, pág. 14.

A medida que va analizando punto por punto la sentencia, desvirtúa todo tipo de posibilidad para entender que la naturaleza de la responsabilidad concursal es sancionadora y no indemnizatoria, o lo que es lo mismo, da todas las pautas para entender que esa responsabilidad concursal es indemnizatoria. Así lo consigue diciendo y cito textualmente “La determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del art. 74 LC, debería estar en condiciones de identificar de forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia”.

Así continúa diciendo “Y si en algún caso no es posible conocer estas causas, debido a la ausencia de documentación o de información, esta carencia debe imputarse a los administradores de la entidad, pues si hubiera cumplido adecuadamente con los deberes de la llevanza de la contabilidad y de colaboración con la administración concursal, necesariamente ésta hubiera podido conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, y si ésta es imputable y en qué medida a alguno de sus administradores”³⁵

En suma, el voto particular de Ignacio Sancho Gargallo pretendía dar mayor seguridad jurídica, ya que hasta el momento generaba mucha inseguridad debido a que ni los propios tribunales se ponían de acuerdo para determinar que naturaleza tenía la responsabilidad concursal. Además, establece como un requisito imprescindible para la consideración de responsabilidad concursal, que se acredite la incidencia de la conducta de los administradores y/o liquidadores en la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad

3.2 Estado actual de la cuestión.

3.2.1 Naturaleza jurídica.

Tras la reforma del 2011, como bien indicábamos anteriormente, el juez pasa a modular la condena, ya que hasta ese momento no se tenía en cuenta por parte del legislador el grado de participación de cada uno, suponiendo esto una mayor seguridad jurídica.

La redacción del artículo 172 bis LC comienza diciendo “el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada...” Es decir, habrá condena por la conducta negligente de estos sujetos por agravar o generar el estado de insolvencia, si bien es cierto es el Juez quien deba modularlo.

El artículo continúa diciendo “en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. Se desprende por lo tanto que no cabe la responsabilidad solidaria de los condenados, confirmando por el contrario la responsabilidad individual de cada uno de ellos más la exigencia de relación de causalidad.

El juez únicamente actuará frente aquellos administradores y/o liquidadores respecto de los que entienda que se dan los presupuestos sustantivos de la responsabilidad concursal (artículo 164 y 165 LC), es decir, atendiendo a la contabilidad que llevaron a cabo, documentos complementarios, actas de órganos sociales etc.³⁶

³⁵ Sentencia Tribunal Supremo 4441/2012, 21 de mayo, Nº Resolución 298/2012, Nº de Recurso 1157/2009, en su voto particular trece, pág. 16.

³⁶ PULGAR EZQUERA J. El concurso de acreedores, VV.AA., La Ley Wolters Kluwer, año 2012, págs. 532 a 596.

Otra particularidad tras la reforma es el pago a los acreedores, así en el apartado tercero del 172 bis LC expresa “todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso”. De esta manera se establece la reintegración a la masa activa abandonase el pago directo a los acreedores.

Con el RDL 4/2014 de 7 de marzo el legislador vino a matizar la interpretación del precepto que hemos analizado en el presente apartado sobre el artículo 172 bis LC. “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”.

Por lo tanto, ahora tras esta última reforma no cabe duda alguna sobre la exigencia de la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia de la sociedad, por ende la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal únicamente podrá hacerse en la medida en que se haya contribuido en la generación o agravación de la insolvencia y en la medida en lo que lo haya hecho.³⁷

Con esta reforma, el legislador quiere dar seguridad jurídica, introduciendo el criterio de valoración de la cuantía de déficit concursal.

Hasta el momento hemos analizado las últimas reformas que ha sufrido la norma, sin entrar en profundidad sobre qué entienden nuestros Tribunales sobre cuál es la naturaleza de la responsabilidad concursal.

Numerosas son las sentencias que se han pronunciado respecto del Real Decreto 4/2014 de 7 de marzo. En el presente apartado paso analizar 4 sentencias.

La primera de todas, y quizás la más importante, es la STS 256/2015 de 12 de enero. Para ponernos en antecedentes, debemos hacer un breve resumen de lo que se decía en ella y porque se calificaba como culpable el concurso. Pues bien, se declaró concurso culpable debido a que tardó más de dos años la sociedad en solicitar la declaración de concurso, dado que durante el segundo semestre incumplió de forma generalizada las obligaciones de pago de sus obligaciones tributarias y de las cuotas de la Seguridad Social, lo que eso generó un incremento del pasivo.

Como decía, esta sentencia la considero pionera, en primer lugar porque acaba con la inseguridad jurídica que había hasta entonces sobre la naturaleza de la norma y en un segundo lugar, por el voto particular de los Magistrados.

Todas las sentencias anteriores a la última reforma del artículo 172 bis LC introducida por el Real Decreto 4/2014 de 7 de marzo, venían anunciando que estábamos ante una naturaleza resarcitoria, indemnizatoria y lo justificaban y valga la redundancia “con la justificación añadida”. Pues bien, tras esta reforma, afirman que la norma no establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales.

“La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el artículo 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo

³⁷ Giménez-Salinas Abogados. *El pleito está en los detalles. Comentario a la reforma del art. 172 bis LC*, en artículos GS, pág. 2

razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador...”³⁸

Tras este rotundo alegato que formuló el Tribunal Supremo, los Magistrados sacaron dos consecuencias de ello:

Por un lado, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales, que no han contribuido en la generación o agravación de la insolvencia.

Por otro lado, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación o en su agravación.³⁹

Por lo tanto, se aclara la duda que existía sobre si la responsabilidad viene determinada por la incidencia de la conducta, ya que queda claro que responden de la satisfacción de este perjuicio mediante la cobertura total o parcial del déficit en función de su contribución.

Sentencias posteriores del Tribunal Supremo como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 2638/2016 de 9 de junio y Sentencia del Tribunal Supremo 4727/2016, 3 de noviembre, corroboraron el voto particular de los Magistrados, alegando que tras el Real Decreto 4/2014, 7 de marzo, el legislador considera “un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria”.

Aunque si bien es cierto las tres sentencias anteriormente mencionadas son, bajo mi punto de vista de las primeras en aclarar la naturaleza de la responsabilidad concursal, no han sido ni mucho menos las últimas pronunciations del tribunal, ni tan poco las ultimas en ser objeto de estudio por la doctrina y por los administradores concursales.

La Sentencia del Tribunal Supremo 279/2019, de 22 de mayo de 2019, hace una correcta interpretación del artículo en cuestión tras la reforma introducida por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. La doctrina hace un análisis minucioso sobre lo que viene a decir la presente sentencia, haciendo una comparación con la STS 772/2014, de 12 de enero de 2015 en la cual se resaltaba la naturaleza resarcitoria de la norma por lo que cito textualmente “la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinada la calificación como culpable haya generado o agravado la insolvencia”.⁴⁰

³⁸ Sentencia Tribunal Supremo 256/2015, 12 de enero, N° de Resolución 772/2014, N° de Recurso 473/2013, Fundamento de derecho cuarto, pág. 9.

³⁹ *Ibidem*, pág. 11

⁴⁰ CAMPUZANO A.B. *Responsabilidad concursal*. En NVNTIA, LAS NOTICIAS DE DICTUM, año 2019 pág. 2

En suma, ahora los tribunales si dejan claro de qué clase de naturaleza es la que tiene la responsabilidad concursal acabando así con esa inseguridad jurídica, se habla de una responsabilidad resarcitoria.

3.2.2. Presupuestos.

El artículo 164.1 Ley Concursal da una definición sobre qué se entiende por calificación culpable del concurso; el concurso de acreedores se declara culpable cuando se constate que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes. Ésta se podría entender como la cláusula general.

La administración concursal que declare el concurso como culpable (a tenor del artículo 164.1 LC) deberá acreditar la condición de los administradores, liquidadores y apoderados generales de los dos años anteriores a la declaración del concurso así como su grado de contribución a la insolvencia patrimonial del deudor.

Por lo tanto, podemos sacar tres requisitos para ser de aplicación la cláusula general. Primero, requisito subjetivo (dolo o culpa grave); segundo, requisito objetivo, la insolvencia; tercero, requisito causal (nexo entre la acción/omisión culposa grave o dolosa y la insolvencia)⁴¹

Únicamente vamos a centrar la investigación del estudio en el presupuesto objetivo y en el presupuesto subjetivo.

a. Elemento subjetivo.

Por presupuesto subjetivo entendemos a las personas afectadas por la calificación culpable del concurso.

Sin lugar a duda, el primer sujeto afectado es el deudor. Es el titular del patrimonio insolvente y ha contraído obligaciones con sus acreedores, de manera que es el sujeto responsable del pago.⁴²

La atribución de la condición de personas afectadas por calificación que es el primer pronunciamiento de la sentencia de calificación culpable (art. 172.2ª LC) recae fundamentalmente sobre quienes hayan ocupado posiciones orgánicas de gestión de la persona jurídica concursada (los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho) o sobre quienes las ejerzan, con plena autonomía y responsabilidad, por delegación mediante apoderamiento.⁴³

En un primer momento suscitaba la duda de si los administradores o liquidadores podrían ser personas afectadas, pues la duda termina a tenor del artículo 172.2. 1º in fine LC diciendo “si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición”.

Del anterior precepto parece entenderse que tomando en consideración el informe de la Administración concursal en el cual acredita la condición que ostentaban los administradores, liquidadores o apoderados generales durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, se atenderá a su grado de contribución.

En el concurso de las sociedades de capital, cuando son varios los integrantes del órgano de administración, la función de administrar recae conjuntamente sobre todos y si bien es posible el reparto del trabajo dentro del órgano y la delegación de determinadas funciones y

⁴¹ YANES YANES P. *La calificación del concurso*, en El Concurso de acreedores, VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J.), La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012, pág. 533.

⁴² *Ibidem*, Pág. 549

⁴³ MARÍN DE LA BARCENA F. Calificación concursal y responsabilidad de los administradores sociales. VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J.) en el manual Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, pág. 390.

competencias, la responsabilidad es solidaria salvo que los encargados de la supervisión de los gestores prueben que cumplieron con sus deberes de vigilancia e intervención (artículo 237 LSC).

La finalidad de la ordenación debe ser respetada también cuando se realice una imputación en el ámbito de la calificación concursal e incluso en el ámbito de la responsabilidad por el déficit concursal, con la justificación correspondiente, todo ello viene recogido en el artículo 172 bis en su apartado 3º “en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.⁴⁴

Con relación a los socios, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación en función del grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo y, en función a ello serán condenados a indemnizar y a reintegrar el déficit concursal.

La eficacia de una norma de este tipo requería situar a los socios en posición legal de garante y configurar de este modo una responsabilidad por omisión de un deber de colaboración. La responsabilidad se amarra por ello a un comportamiento negativo con el resultado de haber frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación y no sólo se aplica a quienes obstaculicen una mayoría de votos, sino también, en casos de socio único.⁴⁵

La norma se aplica ante cualquier supuesto de obstaculización, por éste se entiende también aquel que trate de impedir la constitución de la JG ya sea por falta de quorum legal o estatutario.

Por último, los cómplices vienen regulados en el artículo. 166 LC son terceros que han cooperado con las personas afectadas por la calificación en la realización de cualquier acto generador de la calificación culpable del concurso.

Es cooperador, necesario o no, en el comportamiento determinante de la calificación culpable del concurso cuya actuación ha podido ser anterior, coetánea o posterior al realizado por la persona afectada por la calificación.

La cooperación se realiza mediante un comportamiento activo. La responsabilidad por omisión sólo es predicable de sujetos que tengan un deber de actuar por encontrarse en posición de garante, por eso se remarca que los cómplices tienen que haber cooperado a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación culpable del concurso, sea un acto de lesión o puesto en peligro de los derechos de crédito en su faceta material o funcional.⁴⁶

No existe ningún inconveniente en que el cómplice sea una persona jurídica ni que se extienda dicha calificación al administrador de la persona jurídica.

Los declarados cómplices perderán sus derechos como acreedores concursales o de la masa, devolverán lo indebidamente obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa y serán condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados (artículo 172.2.3 Ley Concursal).

⁴⁴ MARIN DE LA BARCENA F. “*Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales*” VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J), en Manual Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, pág. 390

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 392

⁴⁶ MARIN DE LA BARCENA F. “*Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales*” VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J), en Manual Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, pág. 393.

No sufrirán, ni la inhabilitación ni la responsabilidad concursal, pues estas consecuencias se reservan para los encargados de la gestión y control del riesgo de insolvencia de la sociedad incluidos los socios en la medida que la Ley les atribuye una posición de garante en relación con los acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pago.⁴⁷

b. Elemento objetivo

El presupuesto objetivo es un comportamiento cualificado debido a su incidencia en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor, todo ello viene regulado en los artículos 164 y 165 Ley Concursal.

El artículo 164.2 LC ejemplifica una serie de comportamientos que dan lugar a la calificación culpable del concurso, más concretamente son 6 comportamientos; incumplimiento en la llevanza de la contabilidad, incumplimiento información documental exacta para solicitud de concurso, simulación de la situación patrimonial ficticia antes de la declaración de concurso, alzamiento de bienes, salida fraudulenta de bienes durante los dos años anteriores a la declaración de concurso y por último, apertura de la fase de liquidación acordada de oficio por incumplimiento del convenio por causa imputable al concurso (todo ello regulado en el art. 164.2 LC).

El artículo 165 LC detalla tres supuestos en lo que se entenderá la calificación culpable del concurso. En primer lugar, el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, segundo; incumplimiento del deber de colaboración y de facilitar información al juez y la administración concursal, y por último, cuando el deudor tiene la obligación de llevar la contabilidad y no ha formulado las cuentas anuales y tampoco las ha sometido a auditoría.

Con relación al alzamiento de bienes o la salida fraudulenta de bienes durante los dos años anteriores a la declaración de concurso tratan de una conducta que el deudor lleva a cabo de forma deliberada causando así un perjuicio para los acreedores. Ahora bien, el deudor no es el único culpable de ello, sino que aquí entra en juego una tercera figura, la del cómplice ya que el tercero adquirente debido a su comportamiento activo participa en el comportamiento lesivo causando así una lesión en el bien jurídico protegido.

Todo ello debido al perjuicio causado a la masa activa por el comportamiento del deudor, pudiendo ser objeto de acción rescisoria, cuyo periodo sospechoso se reduce al plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. El plazo no coincide con el de los 4 años que se exige para la acción pauliana (art. 1299 Código Civil).

Ahora bien, para la calificación culpable del concurso necesitaremos acreditar además que la salida de los bienes ha sido un acto fraudulento por parte del deudor.⁴⁸

La salida fraudulenta del patrimonio de bienes o derechos exige únicamente al administrador concursal un eventual conocimiento del eventual perjuicio derivado de esa salida de bienes con la que hacer pago a los acreedores, es decir, no se está exigiendo que la administración concursal tenga que probar una intencionalidad fraudulenta en la conducta del deudor. Además, la ley nos dice que puede acudir al concepto de fraude recogido en el artículo 1111 y 1291 del Código Civil.⁴⁹

⁴⁷ MARIN DE LA BARCENA F. “*Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales*” VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J), en Manual Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, pág. 393.

⁴⁸ YANES YANES P. *La calificación del concurso*, en El Concurso de acreedores, VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerra J.), La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012 pág. 532-538

⁴⁹ MARTÍNEZ CAÑELLAS A. *Los hechos de concurso culpable* VV.AA. (Dir. Campuzano A.B./ Rojo A), en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 169.

Otro de los presupuestos sería la llevanza de la contabilidad debiendo distinguir, por un lado; la contabilidad formal que es la que viene recogida en el artículo 164.2.1 LC por lo que se trata de una presunción iure et de iure (no admite prueba en contrario), y por otro lado de una contabilidad material, viene recogida en el artículo 165 LC tratándose en este caso de una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario).⁵⁰

El incumplimiento de la obligación de llevanza de la contabilidad debe ser relevante, de tal manera que impida conocer la realidad patrimonial o financiera de la empresa o el comportamiento que haya tenido el deudor.

Como ejemplo, para entender mejor el apartado anterior, sentencias como Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, 28 de marzo de 2008, han considerado suficiente para calificar el concurso culpable el hecho de comenzar el libro diario por la página diez, sin que se conozca qué ha sucedido con las páginas nueve anteriores, o que haya saltos o discontinuidad en la numeración de los asientos.⁵¹

Como bien dice la ley en el caso del artículo 165 LC debemos probar que se incumplen alguno de los tres deberes de contabilidad, es decir, el deber de formular las cuentas anuales, deber de auditar y por último el deber de depositarlas.

Dejando a un lado los presupuestos del artículo 164 LC, centrándonos así en los presupuestos del artículo 165 LC, si analizamos el primer supuesto que cita la ley sería el incumplimiento de la solicitud de concurso.

A tenor del artículo 5 Ley Concursal, el deudor tiene el deber legal de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Se debe entender insolvencia actual que no insolvencia inminente. Entendemos por insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones.

Por lo tanto, la insolvencia es la incapacidad patrimonial para dar satisfacción completa a los acreedores a medida que se van produciendo los vencimientos de sus créditos. Esto ocurre cuando el deudor no tiene bienes suficientes para satisfacer sus deudas, o, teniéndolos, son irrealizables al compás de los vencimientos, ni créditos con el que remontar la situación.⁵²

Ahora bien, existe la posibilidad de comunicar al juzgado que se han iniciado negociaciones con los acreedores (acuerdo de refinanciación) para alcanzar un acuerdo o bien, para obtener las adhesiones necesarias para la propuesta anticipada de convenio.

Pues bien, en caso de presentar al juzgado que el deudor está en fase de negociación, la ley da un plazo de tres meses más para llegar a un acuerdo, si en dicho plazo no se ha llegado a ningún acuerdo, finalmente al mes siguiente del no acuerdo, se debe presentar la declaración de concurso.

⁵⁰ YANES YANES P. *La calificación del concurso*, en *El Concurso de acreedores*, VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerro J.), La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012, pág. 540.

⁵¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS A. *Los hechos del concurso culpable (artículo 164.2 LC)*, VV.AA. (Dir. Campuzano A.B./ Rojo A), en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia Aranzadi, 1ª edición, año 2013, págs. 158 y 160.

⁵² ALCOVER GARAU G. *La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de La Ley Concursal)*, VV.AA. (Dir. Campuzano A.B./ Rojo A), en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 142.

Es posible que en vez de haber un acuerdo de refinanciación, pueda haber un acuerdo extrajudicial de pagos. En este último caso no interviene el juez sino que la figura que interviene es un mediador concursal, quien será elegido por el Registrador Mercantil o por el notario ante quien se haga la solicitud.

Por lo tanto, la no declaración de concurso ha lugar a la calificación culpable del concurso.

Como bien habíamos dicho, el deudor tiene el deber de colaboración con el juez y la administración concursal, a tenor del artículo 42.1 Ley Concursal tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el deber de colaborar e informar de todo lo necesario para el interés del concurso. Incumplimiento de ello, sería otra de los presupuestos que el artículo 165 alega para la calificación culpable del concurso.

Otro de los presupuestos, volviendo al artículo 164.2 Ley Concursal, sería la apertura de la liquidación acordada de oficio por incumplimiento del convenio. La Ley nos dice que, la ausencia de solicitud por parte del deudor puede contribuir a la declaración culpable del concurso.

En suma, para la calificación culpable del concurso tiene que darse un nexo causal, entre la conducta del deudor, la insolvencia de la persona jurídica y el daño producido a los acreedores.

3.2.3. Efectos jurídicos.

Resultado de todo lo anteriormente estudiado, paso a establecer cuál es el alcance de responsabilidad concursal con respecto de los sujetos afectados, y en su caso, los cómplices. Todo ello deviene de la sentencia que califica como culpable al concurso.

a. Sanciones de orden público: inhabilitación y pérdida de derechos.

La inhabilitación, se trata de una consecuencia automática tras la sentencia. Se impone de oficio cuando no hay petición del Ministerio Fiscal ni de la administración concursal (la inhabilitación comprende un periodo legal mínimo de 2 años a un máximo de 15 años).

Como excepción, se puede exonerar de la inhabilitación si la continuidad de la actividad en el cargo de la persona es precisa para la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Todo ello viene recogido en la exposición de motivos, VIII, de la Ley Concursal.

Demos recordar que la inhabilitación solo se aplica para los encargados de la gestión pero no para los cómplices, por lo que los cómplices no quedan afectados por esta sanción.

En el apartado 3º del artículo 172.2 LC se desprende que otro de los efectos será la pérdida de derechos en el concurso o contra la masa, quedando excluidos de beneficiarse de los efectos del procedimiento cuya finalidad es dar una solución a la insolvencia.

El declarado cómplice perderá su condición de miembro de la masa pasiva y también de acreedor de la masa activa. Se trata de una sanción en beneficio para los demás acreedores.

⁵³ FERNÁNDEZ PÉREZ N. *Consideraciones en torno a la inhabilitación tras la Ley 38/2011*, en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 473.

b. Devolución de lo indebidamente extraído y la indemnización de daños y perjuicios.

La devolución de lo indebidamente extraído se trata de una transferencia patrimonial realizada entre la persona jurídica concursada y afectada por la calificación del concurso o sus cómplices en perjuicio de la colectividad de los acreedores y en conexión con los comportamientos que han determinado la calificación culpable del concurso.⁵⁴

Un sector doctrinal, entendía que ese carácter debido o no de la transferencia, tenía su origen en el patrimonio del deudor y no respecto de los bienes recibidos de la masa activa. Es decir, “se entiende aplicable el término indebidamente solo en referencia a los bienes o derechos que tengan su origen en el patrimonio del deudor y no respecto a los bienes recibidos de la masa activa, que pertenecen a la misma y, por tanto, deben ser reintegrados a esta sea cual fuera el origen debido o indebido que hubiera tenido. La interpretación debe partir de los criterios literales y de la existencia de un conjunto de causas que el legislador ha recogido en dicho precepto, distinguiéndolas, pero englobándolas con criterios léxicos y sintaxis que, morfológicamente, dan el mismo resultado en su análisis”.⁵⁵

Con la relación a la indemnización por daños y perjuicios se trata de una acción dirigida a la reintegración de la masa. Recordemos que a tenor del artículo 172.2.3 de la Ley Concursal establece que la calificación culpable del concurso supone la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por lo tanto, esta condena a indemnizar daños y perjuicios no solo va dirigida a las personas afectadas por la calificación del concurso, sino también que alcanza a los cómplices; y es consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, ya sean concursales o contra la masa, y sobre todo, a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor (antes de la declaración de concurso) y los recibidos de la masa activa (desde la declaración de concurso).⁵⁶

c. La cobertura total o parcial de déficit patrimonial.

El art. 172.3 de la Ley Concursal, en su originaria redacción, regulaba la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal. La regulación de esta responsabilidad por déficit fue modificada primero por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que la trasladó al art. 172.bis de la Ley Concursal, en parecidos términos a como estaba regulada en el art. 172.3. De tal forma que la jurisprudencia que interpretó el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal y determinó los caracteres de esta responsabilidad, resulta sustancialmente aplicable al art. 172 bis de la Ley Concursal introducido por la Ley 38/2011.⁵⁷

Tras la reforma introducida por el Real Decreto 4/2014, 7 de marzo, en relación con el artículo 172 bis de la Ley Concursal, respecto de la cobertura del déficit concursal, el Tribunal Supremo en su sentencia 279/2019, 22 de mayo, viene a decir que la condena “a la cobertura,

⁵⁴ MARIN DE LA BARCENA F. “Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales” VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerro J), en Manual Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, pág. 401.

⁵⁵ IÑIGUEZ ORTEGA P. Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación. en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 476.

⁵⁶ ORTIZ A. *Los cómplices en el concurso de acreedores*. en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 445.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Supremo 4727/2016, 3 de noviembre, Nº de Resolución 650/2016, N1 de Recurso 725/2014, Fundamento de derecho trigésimo.

total o parcial, del déficit, lo será en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”.

Por lo tanto, del párrafo anterior se desprenden dos consecuencias claras:

Primero, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia.

Segundo, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación.⁵⁸

⁵⁸ CAMPUZANO A.B. *Responsabilidad concursal*. En NVNTIA, LAS NOTICIAS DE DICTUM, año 2019 pág. 3.

IV. CONCLUSIÓN

Aunque es cierto que, tras la promulgación de la norma, se dotaba de una mayor protección a los acreedores, seguía habiendo mucha ausencia legal en lo referido a la responsabilidad concursal, es decir, al artículo 172 bis Ley Concursal.

Debido a la redacción original de la norma no se tenía muy claro cuál era la naturaleza de la responsabilidad concursal, lo que dio lugar a que la doctrina se confrontase, ya que había quien defendía la naturaleza sancionadora y quien la indemnizatoria, no habiendo así unanimidad doctrinal.

Pero este no era el único problema que se ha intentado resolver sino también se ha intentado ver si era posible la coordinación la responsabilidad concursal con las acciones societarias de responsabilidad.

Tras las últimas reformas que ha sufrido la norma, ha supuesto un gran avance legislativo ya que gracias a ello se desvanecen todas las inquietudes que había sobre la naturaleza del artículo 172 bis Ley Concursal, dando así una mayor seguridad jurídica (que hasta el momento no había) y mayor protección a los acreedores.

Como hemos estudiado durante todo el trabajo, no es hasta la entrada en vigor del Real Decreto 4/2014, 7 de marzo, cuando por fin se introduce lo que durante tanto tiempo venían pidiendo las corrientes doctrinales, es decir, una definición clara de cuál es la naturaleza de la responsabilidad concursal.

Esa seguridad jurídica se debe a que por fin, tras las últimas reformas y los últimos pronunciamientos en las sentencias del Tribunal Supremo, se dice de forma contundente cual es la naturaleza de la norma, afirmando así que es de carácter indemnizatorio por lo que el juez atiende a los presupuestos que han llevado a cabo a la calificación culpable del concurso pero además tiene en cuenta el grado en que hayan contribuido tanto el deudor como las personas afectadas por el concurso. Por ende, en caso de que haya pluralidad de condenados, el juez de individualizar la condena por lo que la responsabilidad concursal goza de un carácter personal.

V. BIBLIOGRAFÍA.

ALCOVER GARAU G. *La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de la Ley Concursal)* en VV. AA (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia”, Aranzadi, 2013, págs. 139 a 147.

ASENJO RODRÍGUEZ E. *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal.* en VV. AA (Dir. Rojo A./ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia”, Aranzadi, 2013, pág. 301-314.

ALONSO UREBA A. *Sentencia de calificación* en VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerro J./ Alonso Ureba A./ Alonso Ledesma C./ Alcover Garau G.), en Comentarios a la legislación concursal; Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal. Dykinson, Tomo II, año 2013, págs. 1439-1447.

CAMPUZANO A.B. *Responsabilidad concursal*, en NVNTIA, las noticias de Dictum, año 2019, pág. 2 <https://dictumabogados.com/nvntia-las-noticias-de-dictum/creditos-contra-la-masa-con-privilegio-especial/20587/>

COHEN BENCHETRIT A. *La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia*, elderecho.com, año 2017. <https://elderecho.com/la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-a-la-luz-de-la-ultima-jurisprudencia>

DÍAZ MORENO A. *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, VV. AA, Aranzadi, 1ª edición, 2018, pág. 267-270 y 251.

FERNÁNDEZ PÉREZ N. *Consideraciones en torno a la inhabilitación tras la Ley 38/2011*, en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 473.

GALLEGO E. *Las presunciones relativas al dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal*, en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B), en la calificación del concurso y responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 2013, pág. 177.

GARNACHO CABANILLAS L. *La naturaleza de la responsabilidad concursal ex artículo 172 Bis LC*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 20 Año 2014, La Ley grupo Wolters Kluwer, pág. 215-235

GUERRA MARTÍN G. VV.AA. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, 1ª edición, año 2011, vid. (págs. total 1096).

GIMÉNEZ-SALINAS ABOGADOS. *El pleito está en los detalles. Comentarios a la reforma del art. 172 Bis LC* en Artículos GS., págs. 2 <https://gimenez-salinas.es/el-pleito-esta-en-los-detalles-comentario-a-la-reforma-del-art-172-bis-lc/>

HERNANDO MENDÍVIL J. *Responsabilidad concursal y seguridad jurídica* en VV.AA. (Coordinador Díez-Picazo L) en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, Volumen I, Aranzadi, año 2014, págs. 1631 a 1637.

ÑÍGUEZ ORTEGA P. *Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación.* en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 476.

MORALES BARCELÓ J. *La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español*, nº21, año 2016, pág. 3-19

MARÍN DE LA BÁRCENA F. *Responsabilidad Concursal* en Anuario de Derecho Concursal, año 2013, nº 28, págs. 103 a 157 (pág. 130).

MARÍN DE LA BÁRCENA F. *Calificación concursal y responsabilidad de los administradores sociales* en VV.AA. (Dir. Pulgar Ezquerro J) en Manuel Derecho Concursal, 1ª edición, año 2017, La Ley, págs. 381 a 393.

MARTÍNEZ CAÑELLAS A. *Los hechos de concurso culpable* VV.AA. (Dir. Campuzano A.B./ Rojo A), en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 169.

ORTIZ A. *Los cómplices en el concurso de acreedores*. en VV.AA. (Dir. Rojo A/ Campuzano A.B) en la calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia, Aranzadi, 1ª edición, año 2013, pág. 445

PÉREZ BENÍTEZ J.J. *El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales*. Consejo General Abogacía Española, 2016. <https://www.abogacia.es/2016/11/14/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/>

PULGAR EZQUERRA J. *El concurso de acreedores* en VV.AA., La Ley grupo Wolters Kluwer, año 2012 págs. 532 a 596.

RADOVANOVIC B. *Responsabilidad concursal de los administradores de hecho ex art. 172.3 LC (actual 172 bis LC)*, en Uría Menéndez, Cuaderno Civitas en Jurisprudencia Civil, nº 12, año 2016 pág. 3 a 4.

RODRÍGUEZ GUILLERMINA E. “*Responsabilidad concursal de los administradores Sociales: Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012*” en Doctrina PEREZ-LLORCA, pág. 4.

Audiencia Provincial de Madrid 1417/2008, 5 de febrero N° de Resolución 31/2008, N° de Recurso 255/2007.

Audiencia Provincial de Madrid 11309/2010, 3 de noviembre N° de Resolución 348/2010, N° de Recurso 364/2009.

Sentencia Tribunal Supremo 1068/2011, 23 de febrero, N° de Resolución 56/2011, N° de Recurso 1626/2007.

Sentencia Tribunal Supremo 5833/2011, 12 de septiembre, N° de Resolución 615/2011, N° de Recurso 1211/2008.

Sentencia Tribunal Supremo 6838/2011, 6 de octubre, N° de Resolución 644/2011, N° de Recurso 1013/2008.

Sentencia Tribunal Supremo 4441/2012, 21 de mayo, N° Resolución 298/2012, N° de Recurso 1157/2009

Sentencia Tribunal Supremo 256/2015, 12 de enero, N° de Resolución 772/2014, N° de Recurso 473/2013

Sentencia Tribunal Supremo 2638/2016, 9 de junio, N° de Resolución 395/2016, N° de Recurso 171/2014.

Sentencia Tribunal Supremo 4727/2016, 3 de noviembre, N° de Resolución 650/2016, N1 de Recurso 725/2014.

Sentencia Tribunal Supremo 1633/2019, 22 de mayo, N° de Resolución 279/2019, N° de Recurso 1073/2016