

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE
CONCURSO SOBRE LOS
ADMINISTRADORES DE LAS
SOCIEDADES

AUTOR: IGNACIO GALLEGO SOBRINO

DIRECTORA: MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS

FACULTA DE DERECHO DE ZARAGOZA

2015

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUCCIÓN: | PÁGINA 4. |
| 2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA | PÁGINA 9. |
| 3. EMBARGO PREVENTIVO DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES (ARTÍCULO 48 TER LC) | PÁGINA 11. |
| 4. ARTÍCULO 172 BIS LC RESPONSABILIDAD CONCURSAL | PÁGINA 15. |
| 4.1. NATURALEZA DE LA NORMA | PÁGINA 17. |
| 4.2. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL | PÁGINA 21. |
| 4.3. CARACTERÍSTICAS DE LA CONDENA DEL ARTÍCULO 172 BIS LC | PÁGINA 22. |
| 4.4. IMPORTE DE LA CONDENA | PÁGINA 23. |
| 4.5. ARTÍCULO 172 BIS LC | PÁGINA 25. |
| 5. OTRAS CONDENAS | PÁGINA 27. |
| 6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES | PÁGINA 29. |
| 7. CONCLUSIONES | PÁGINA 34. |
| 8. BIBLIOGRAFÍA | PÁGINA 36. |
| 9. ANEXO | PÁGINA 38. |

ABREVIATURAS

- AAVV.....autores varios.
- Art.....artículo.
- C.C.....Código Civil.
- LEC.....Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LC.....Ley Concursal.
- Núm.....número.
- Págs.....páginas.
- Op. Cit.....obra citada (*opus citatum*).
- RD-Ley.....Real Decreto Ley.
- SAP.....Sentencia de la Audiencia Provincial.
- Ss.....siguientes
- STC.....Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS.....Sentencia del Tribunal Supremo.
- TRLSC.....Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Vid.....Véase.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del tema, “Los efectos de la declaración de concurso sobre los administradores de las sociedades”, basado principalmente en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, parte de la base de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico se organiza en torno a la figura de las sociedades mercantiles.

Actualmente nos encontramos en un estado de crisis económica que comenzó varios años atrás. Tal panorama financiero propició la situación de insolvencia de numeras empresas o sociedades mercantiles, teniendo estas que acudir, como último recurso, al concurso de acreedores para intentar remediar la situación en la que se encontraban inmiscuidas, con la finalidad de intentar revertir su situación económica alcanzando una serie de pactos o convenios, mediante propuestas de quita o espera, con sus respectivos acreedores, o, como suele pasar en estos casos, viéndose abocados a tener que liquidar todos los activos empresariales para poder intentar satisfacer las deudas con sus acreedores, deuda que en la mayoría de las ocasiones, no se ven satisfechas en su totalidad.

No podemos olvidar que nos encontramos ante una Ley, que fue realizada en tiempos de bonanza, en el 2003, en la que nos encontrábamos en una situación económica de prosperidad, creación de empresas y de múltiples puestos de trabajo, una situación económica totalmente opuesta a la que se ha empezado a vivir en el año 2006 y aún permanece en la actualidad. Situación que ha llevado al legislador a realizar múltiples reformas para adecuar la Ley Concursal a la situación actual.

Dentro del sistema concursal, he querido enfocar mi estudio hacia un aspecto muy concreto el cual da título a mi trabajo “los efectos de la declaración de concurso sobre los administradores de las sociedades”, y es que estos sujetos pueden ser a su vez sujetos pasivos de preceptos tales como, el art. 48 ter LC o 172 bis LC, artículos que no tienen precedente alguno en nuestra legislación anterior, por circunstancias que explicaremos a continuación.

El interés del tema se pone de manifiesto porque son preceptos que han generado en la doctrina diversos debates sobre su contenido, naturaleza, interpretación jurisprudencial al respecto, lo cual se ha plasmado también, en las posteriores reformas legislativas de

nuestra Ley concursal, todo ello con la finalidad de crear un sistema legislativo efectivo y sin fisuras.

Parece conveniente y necesario, antes de analizar el objeto de estudio, efectuar una introducción sobre las características principales de nuestro sistema concursal.

El procedimiento concursal puede recaer sobre cualquier sujeto. Desde el punto de vista subjetivo, se somete a un mismo procedimiento (denominado concurso) a “cualquier deudor” sea empresario o no, y tanto si se trata de una persona natural o jurídica (art 1.1 LC). Aunque la práctica jurídica refleja que la mayoría de los procedimientos concursales suelen recaer sobre personas jurídicas.

Nuestro sistema concursal se organiza en torno a un procedimiento de ejecución colectiva. En dicho procedimiento nos encontramos ante un deudor, en una situación de insolvencia patrimonial y frente a una pluralidad de acreedores. La insolvencia patrimonial se produce cuando el número y el valor de bienes de dicho deudor no posibilita el pago voluntario o coactivo a todos sus acreedores (es decir, cuando el deudor, aunque quisiera, no puede cumplir regularmente sus obligaciones: art 2.2 Ley Concursal). No obstante la Ley también permite la declaración de concurso cuando el propio deudor presenta la solicitud en base a una insolvencia “inminente” es decir, que el deudor “prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (art.2.3 LC). Es el caso del empresario que, hallándose al corriente del pago de sus obligaciones, prevé que, por los malos resultados de la empresa, no podrá hacer frente a las deudas en los próximos meses y decide adelantarse solicitando la declaración del concurso.

Dicho sistema de ejecución colectiva busca evitar la aplicación de las distintas ejecuciones singulares y aisladas por parte de los acreedores, evitando así el injusto resultado de que tan sólo pudieran cobrar unos pocos, en perjuicio de los restantes acreedores. Es un sistema caracterizado por recaer sobre todo el patrimonio del deudor y por someter a la generalidad de los acreedores (salvo las excepciones que señalaremos) a la comunidad de pérdidas que puedan derivarse de la insolvencia del deudor (en virtud del principio de la *par condicio creditorum*).

La ejecución concursal se caracteriza, pues, por la presencia de tres principios fundamentales: el de la universalidad patrimonial, el de la colectividad o generalidad de acreedores y el denominado principio de la comunidad de pérdidas.

Para que se produzcan los efectos propios del concurso es necesaria la declaración judicial constitutiva del concurso. Son sujetos legitimados para solicitar el concurso:

1. El propio deudor (denominado concurso voluntario: art 22 LC) (cuando se trate de una persona jurídica estarán legitimados los administradores).
2. Cualquiera de los acreedores (llamado concurso necesario art 3.1 LC).

Es preciso destacar que el deudor se encuentra legalmente obligado a solicitar la declaración del concurso cuando se encuentra en situación de insolvencia dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art 5.1 LC). La consecuencia del incumplimiento de dicho deber es la presunción de culpabilidad del concurso, salvo prueba en contrario (artículo 165.1º LC).

No obstante, la obligación de presentar, por parte del deudor, la solicitud del concurso en el plazo de dos meses enunciado en el párrafo anterior, no será exigible si el deudor, que se encuentra en estado de insolvencia actual, ha iniciado negociaciones con sus acreedores para tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado (esto es, una salida pactada a la situación de insolvencia o un acuerdo extrajudicial de pagos) y ponga en conocimiento del Juzgado la existencia de esas negociaciones dentro del referido plazo de los dos meses. Transcurridos tres meses desde la comunicación, y con independencia del resultado de las negociaciones, el deudor deberá solicitar la declaración del concurso dentro del mes siguiente, a menos que ya no se halle en situación de insolvencia.

Tras la concurrencia de los requisitos enunciados anteriormente, se dará lugar a la apertura de un procedimiento concursal, mediante la resolución judicial en forma de Auto, que quedará dividido en 6 secciones tal y como se establece en el artículo 183 LC. El procedimiento concursal, es un procedimiento de carácter ordenado, caracterizado por llevar a cabo las acciones tendentes a resolver la insolvencia del deudor concursal frente a sus acreedores. Para ello, se realizan una serie de medidas, como la determinación del conjunto de bienes patrimoniales del deudor que sean susceptibles de

ser ejecutados (masa activa), ejecuciones de reintegración o la enajenación de bienes y derechos de la masa activa. Todo ello, con la finalidad de poder hacer frente a las deudas que ostentan frente a sus acreedores, que conformarán la masa pasiva.

Tras la determinación de ambas masas, el concurso desemboca en dos soluciones:

a. El convenio: acuerdo por el cual quedan obligados el deudor y sus acreedores, con la finalidad de evitar la ejecución de la masa activa del deudor. El contenido del convenio deberá contener proposiciones de quita o espera (o ambas cosas). Normalmente se trata de una solución que suele beneficiar a todos sus protagonistas: al deudor concursado, porque le evita la ejecución de su patrimonio y le permite continuar la explotación de su empresa para de esta forma, poder pagar a sus acreedores la cuantía convenida; a los acreedores, porque, aunque les impone una espera o quita de sus créditos, suele, no obstante, permitirles obtener una parte más sustancial de la que conseguirían en caso de ejecución del escaso patrimonio de aquél.

Sin embargo, aunque la Ley parece concebir el convenio como la forma normal de conclusión del concurso, la práctica pone de manifiesto que la liquidación del patrimonio del deudor es la salida más habitual en los concursos.

b. La liquidación: en esta fase del concurso, el deudor queda suspendido del ejercicio de sus derechos de administración y disposición de sus bienes, si no lo ha estado anteriormente. Se procede a la liquidación de la masa activa teniendo que deducir en primer lugar, los créditos contra la masa (art. 154 LC).

La última sección del concurso, de este art. 183 LC, comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos. “...se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.”

Como excepción, no se abrirá la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

El concurso puede ser calificado como:

a. Fortuito: cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia no hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor.

b. Culpable: “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.” (art. 164.1 LC). Tras la calificación como culpable en el concurso de acreedores se pueden derivar determinados efectos específicos, sobre la figura de los administradores que pasaremos a analizar a continuación.

Finalmente, llegaremos a la conclusión del concurso, por el cumplimiento de los diversos requisitos enmarcados en el art. 176 LC tales como: cumplimiento del convenio, desistimiento o renuncia de los acreedores, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos, o, como suele ocurrir, tras la liquidación de la masa activa por insuficiencia para satisfacer la totalidad de los créditos.

2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA

La declaración de concurso no implica el cese de la actividad empresarial. Por ello, como establece el artículo 48.1 LC “Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora...”. No obstante, esta sí se ve afectada en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Dichas limitaciones de administración y disposición se encuentran reflejadas en el artículo 40 LC, el cual enuncia uno de los primeros efectos que recaen sobre los administradores tras la declaración de concurso.

Efectos sobre las facultades de administración y disposición que serán diferentes en caso de concurso voluntario o en caso de concurso necesario. Situándonos en dicho artículo 40.1 LC “En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.”

En caso de concurso necesario, el artículo 40.2 LC establece que “se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.”

Sin embargo, tal y como narra el artículo 40.3 LC “el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.”

Todo ello no impide que a lo largo del proceso, el juez, a solicitud de la administración concursal, pueda acordar en cualquier momento el cambio de situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art 40.4 LC).

Consecuentemente, los órganos de la sociedad, entre ellos el órgano de administración, se verán afectados en la realización de sus actividades, afectación que será diferente en casos de suspensión o intervención. Así artículo 48.3 LC nos habla de las limitaciones del órgano de administración en caso de suspensión o intervención:

En caso de suspensión: las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal.

En caso de intervención: las facultades de administración y disposición continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, la cual deberá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición.

También se encontrarán con limitaciones a la hora de configurar las sesiones de los respectivos órganos de la sociedad, así el artículo 48.2 estipula que “La administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse.

La constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal.” Por lo tanto, la independencia de la sociedad se ve claramente afectada.

3. EMBARGO PREVENTIVO DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES (ARTÍCULO 48 TER LC).

El embargo de los bienes y derechos de los administradores es una de las medidas más severas que contempla la Ley Concursal.

Nos encontramos ante un embargo de carácter preventivo y facultativo regulado en el artículo 48 ter, que estipula que “Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración...”

Estamos ante una medida que pretende asegurar la efectividad de la posible condena a la responsabilidad por déficit tipificada en el artículo 172 bis LC, por el cuál “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, dicha medida cautelar solo podrá establecerse “...cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.”(artículo 48. Ter LC *in fine*). Por lo que, dicho embargo preventivo dependerá del desenvolvimiento posterior del proceso, quedando condicionado a que el mismo desemboque en una solución liquidatoria. Si, por el contrario, el concurso finaliza con una solución de convenio, el embargo cautelar del artículo 48 ter LC debe ser levantado por faltar el presupuesto del artículo 172 bis LC, que exige, entre otras cosas, que la sección de calificación sea formada o reabierta “como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación”.

En conclusión, el juez sólo podrá tomar la medida cautelar del artículo 48 ter LC cuando:

- Resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y el sujeto pasivo sea declarado persona afectada.
- Que se vislumbre o prevea que la masa activa vaya a ser insuficiente para satisfacer todas las deudas.

No obstante, del análisis literal del artículo, debemos destacar una serie de cuestiones:

1. Respecto a la legitimación: no se encuentran legitimados activamente para solicitar el embargo preventivo ni el Ministerio Fiscal ni los acreedores concursales. Al respecto, no entiendo la exclusión del Ministerio Fiscal ya que, al igual que éste posee la legitimación para la calificación del concurso como culpable, lo lógico sería la atribución de legitimación en este supuesto. Pero, sobre todo, estoy en contra de la exclusión de legitimación en este ámbito de los acreedores concursales, ya que en los momentos iniciales del proceso son los que mayor conocimiento poseen sobre las posibles irregularidades cometidas por los sujetos que pueden verse afectados por dicho embargo preventivo.

2. Respecto a los sujetos afectados: en base al artículo 172 bis LC, podemos ver que los “...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 4º del artículo 165” también pueden ser condenados a la cobertura del déficit. Sin embargo, estos no son nombrados en el artículo 48 ter, por lo tanto ¿podría solicitarse el embargo preventivo sobre estos sujetos? En mi opinión, aunque no figuren en dicho artículo, como serían unas de las personas afectadas por la sentencia que condenase a la cobertura del déficit, sí que podría decretarse un embargo preventivo.

3. Peculiaridades del embargo: nos encontramos ante una medida cautelar que tiene algunas singularidades respecto del régimen general previsto en la LEC, por ejemplo, no se hace referencia en el caso de la Ley Concursal, como sí que sucede en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al peligro por la mora procesal¹ como una de las razones para

¹ Vid. FONTESTAD PORTALÉS, L.: en su escrito titulado “las medidas cautelares”, plasmado en el manual “*Conceptos básicos de Derecho procesal civil*” ROBLES GARZÓN, J.A. (director-coordinador), Tecnos, Madrid, 2013, pág. 545 define la mora procesal como el riesgo de obtener una sentencia que, por

justificar la medida cautelar; tampoco se exige en la Ley Concursal que la Administración Concursal preste caución para responder de los daños que pudiera ocasionar el embargo preventivo.

Además, la medida del embargo cautelar del artículo 48 ter LC se puede adoptar *inaudita parte* a diferencia de la norma general establecida en el artículo 733.1 LEC, argumentando para ello, “razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar” (art 733.2 LEC). Estableciendo como regla general la aplicación del embargo preventivo, por parte del juez, sin audiencia del concursado. Además, dicho embargo preventivo se podrá acordar, desde la declaración de concurso de persona jurídica, no solo a solicitud razonada de la administración concursal sino de oficio a diferencia de lo estipulado en el art. 721 LEC .

Como cuestiones que deben ser analizadas del art. 48 ter LC debemos resaltar las siguientes:

A. Decisión judicial y momento del embargo.

Decisión judicial que ha de ser tomada por el juez, de oficio o bien, a instancia de la administración concursal. Nos encontramos ante una medida de carácter facultativo, el término “podrá” que se encuentra en la norma, nos indica esta facultad. Medida que, a pesar de su aparente discrecionalidad, se agota concurriendo los presupuestos del embargo, en cuyo caso el juez no puede sino que debe².

La orden de embargo puede decretarse en cualquier momento³, el único requisito es que el juez tenga el convencimiento de que se dan los requisitos del art. 48 ter, que hemos citado anteriormente.

el transcurso del tiempo desde que se inició el proceso hasta que terminó con un pronunciamiento a favor del demandante, quede carente de efectividad.

² Así lo expresaban ya cuando se estaba elaborando la primitiva versión de la Ley Concursal, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. L.: «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001?», *Derecho de los Negocios* , nº 139, abril 2002, pág. 5

³ Sobre la posibilidad de adoptar una medida cautelar como el embargo preventivo antes de la declaración de concurso en base al artículo 17 LC vid. ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 48», en AA.VV.: *Comentarios a la legislación concursal* , dirigido por PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. Madrid, 2004, págs. 637 y ss.

B. Administradores destinatarios del embargo

El juez debe intuir, adelantándose en el tiempo, quiénes de los administradores podrían verse inmiscuidos en ese artículo 172 bis LC, ya que el embargo solo debería afectar al patrimonio de estos.

Entre los posibles destinatarios de esta decisión judicial se encuentran los administradores, de hecho y de derecho, y quienes hubieran tenido tal condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración.

Dentro de los administradores debemos destacar la figura del administrador de hecho, la cual se define conforme a lo dispuesto por el art. 236-3º de la Ley de Sociedades de Capital es administrador de hecho “... tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

C. Cuantía, sustitución y levantamiento del embargo.

Como determina el artículo 48 ter párrafo segundo “El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante...”. Con la aparente discrecionalidad de esta norma lo que se persigue es asegurar el pago de todas las deudas, que tras liquidación de la masa activa no hayan podido ser satisfechas. De ahí que la cantidad deba rondar aquello que prevea adeudarse en fase de liquidación. Debido al margen lógico de error propio de una valoración temprana, nada impide que la cuantía se reajuste a lo largo del procedimiento para acomodarla a la deuda real⁴. Además, el *quantum* no se imputará de forma global al órgano de administración, sino que éste deberá ser distribuido entre los administradores en función de su grado de participación en la generación o agravamiento de la insolvencia.⁵

Seguidamente, el artículo 48 ter párrafo 2 *in fine* nos indica que dicho embargo “...podrá ser sustituido por aval de entidad de crédito.”. Medida esta última, que debemos destacar y criticar ya que no parece razonable que el legislador no haya permitido otros instrumentos que garantizarían igualmente la inmediata disponibilidad

⁴ En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Artículo 48, Efectos sobre el deudor persona jurídica», pág. 399.

⁵ De esta opinión, ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, J.: “Artículo 48”, op. Cit., pág. 643.

de la cantidad de que se trate. Podría sustituirse por un aval, una fianza o una garantía por un tercero. Ya que, además, en la práctica la entidad de crédito para conceder el aval va a exigir que exista garantías suficientes para el supuesto de que se ejecutase el aval concedido ante el juzgado. Garantías que en el caso de un sujeto que está inmiscuido en un procedimiento concursal, van a ser muy difíciles de conseguir a no ser que, por ejemplo, un tercero no afectado por el concurso preste su fianza para que el banco emita el aval.

4. ARTÍCULO 172 BIS LC RESPONSABILIDAD CONCURSAL.

La reforma de la Ley Concursal de 2003, por la Ley de 10 de octubre de 2011, ha incidido de manera relevante en el régimen de responsabilidad concursal. Posteriormente, pasaremos al estudio detenido del artículo 172 bis LC, el cual presenta uno de los mayores efectos o condenas que pueden recaer sobre los administradores de la sociedad, la condena a cubrir todo o parte del déficit generado tras la liquidación de una masa activa que no puede hacer frente a todas las deudas de los acreedores concursales.

Tras la reforma de 2011, el artículo 172.1 bis LC narra lo siguiente “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.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

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.”

Debemos destacar que dicho artículo no establece, en rigor, una indemnización por los daños derivados de la generación o agravamiento doloso o gravemente culpable del estado de insolvencia, sino que se está ante un “un supuesto de responsabilidad por deuda ajena” que se declara cuando se den los presupuestos fijados en el artículo 172 bis LC. Y esta responsabilidad por deuda ajena no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable (“podrá”, dice el artículo 172 bis.1 LC). Es decir, no siempre que haya calificación hay responsabilidad, pero para que haya responsabilidad concursal es necesaria la calificación de culpable en el proceso. Por lo que no existe una relación directa entre la calificación como culpable del concurso y el art. 172 bis LC, así, nos podríamos encontrar ante supuestos de hecho tales como una irregularidad en la contabilidad muy relevante o incluso determinante, irregularidad nacida tres años atrás de la declaración del concurso, generando la consecuente calificación del concurso como culpable, sin que, los administradores de dicha sociedad puedan ser condenados por vía del artículo 172 bis ya que la irregularidad fue cometida hace más de dos años⁶.

⁶ En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., en su artículo doctrinal denominado “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal” y publicado por la *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* núm. 18/2013 (págs. 51-66) : Tal paradoja podría solucionarse estimando que el plazo retroactivo de los dos años juega para ambas apreciaciones, de modo que si ese tiempo limita la declaración de personas afectadas, también debe limitar la consideración de hechos de concurso culpable o de conductas alcanzadas por la cláusula general. De ahí para atrás jugarían las acciones societarias de responsabilidad por daños, o por deudas, si no hubieran prescrito. Solución que aporta seguridad, aunque también insatisfacción jurídica a la hora de valorar la imputación que conduce a la responsabilidad concursal.

4.1 NATURALEZA DE LA NORMA

Nos encontramos ante una de las cuestiones más polémicas, que ha generado a lo largo de los años, un intenso debate doctrinal. Y es que la actual norma 172 bis LC no tiene precedente alguno en nuestra legislación, permitiendo así a los acreedores concursales solicitar el pago a personas cuyo patrimonio no constituye a *priori* garantía alguna en favor de éstos, a diferencia del de los socios subsidiariamente responsables. Por ello, ha despertado entre los autores un notable interés en torno a la determinación de su naturaleza y aplicación práctica.

Para analizar este epígrafe nos tenemos que situar en el ya derogado artículo 172.3 LC que estipulaba que «Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del 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». Dicho artículo generó dos posturas doctrinales diferentes:

1. Tesis de la responsabilidad por daños⁷: defensores como Alonso Ureba, Blasco Gascó, Verdú Cañete... consideraban que se imponía el deber de acreditar:

- Que los administradores habían actuado con dolo o culpa grave (en la generación o agravación de la insolvencia)
- Que se había generado un perjuicio consistente en los créditos impagados (déficit patrimonial tras liquidación)
- La relación de causalidad entre esa actuación culpable y el daño.

2. Tesis de la responsabilidad sanción⁸: defensores como García-Cruces⁹, Llebot Majó, Fernández de la Gándara... estimaban que la concurrencia de requisitos del ya

⁷ Ha sido la tesis tradicional de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia 3 de noviembre de 2010), el uso del verbo podrá determina que la condena del administrador no sea automática. El juez puede condenar o no, lo que nos lleva a la conclusión que el único criterio de imputación es la incidencia en la conducta del demandado en la generación o agravación de la insolvencia.

⁸ Bajo la vigencia del derogado art. 172.3º. LC la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid ha sido la principal valedora de esta tesis, como señala la sentencia de 5 de febrero de 2008, “la Sala considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, *ex lege*, en la que siendo necesaria

derogado artículo 172.3 LC [apertura de la fase de liquidación, culpabilidad del concurso y responsabilidad de pagar la parte de los créditos (total o parcialmente) que no puedan ser percibidos con el resultado de la liquidación de la masa activa] podía conllevar a la aplicación de responsabilidad, de forma ajena al daño que se hubiera podido producir, de pagar la parte de los créditos que no podían ser percibidos con el resultado de la liquidación de la masa activa. Ya que del pasado artículo derogado 172.3 LC no vislumbraba mención alguna al nexo causal que se constituye como uno de los elementos esenciales en tal clase de responsabilidad según la tesis causalista.

Otro rasgo a destacar lo encontrábamos en la sistemática del articulado. El anterior artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis LC) se contraponía a la previsión del artículo 172.2.3º LC que le precedía, diciendo que la sentencia de calificación contendrá entre otros, el pronunciamiento individualizado de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices "...a indemnizar los daños y perjuicios causados". Es evidente que la responsabilidad del artículo 172.2.3º LC es una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria o causal ("causados" se dice sin ninguna duda), por lo que hay que concluir que la que regula a continuación no puede ser igual (derogado artículo 172.3 LC), ya que carecería de todo sentido y sería superflua. Si la mencionaba a continuación es porque era algo distinto, que obedecía a fines diferentes, adicionable a la responsabilidad por daños, como lo certificaba la expresión "además" empleada por el legislador.

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"

⁹ Vid. GARCÍA-CRUCES. J.A.: "*La calificación del concurso*" pág. 170 y ss. Así, en su escrito titulado "La responsabilidad concursal" perteneciente al Manual, "*La responsabilidad de los administradores*" ROJO-BELTRÁN (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, en sus págs 11-13, hace referencia a las obras de estos autores, haciendo una división entre los partidarios de la tesis de responsabilidad por daños: citando a ALONSO UREBA: "*La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal [el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad]*", págs. 544 y 545, VERDÚ CAÑETE "*La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*", Madrid, 2008, pp. 79 y ss. o BLASCO GASCÓ: "*Responsabilidad Concursal y embargo de los bienes de los administradores*", Valencia, 2007, pp. 45 y ss.; y los partidarios de la tesis de responsabilidad sanción: citando a autores como LLEBOT MAJÓ: "*La responsabilidad concursal de los administradores*", pág. 7559 y sigs. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "*La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital*", pág. 711.

Seguidamente, la reforma legal que tuvo lugar con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al mantener en esencia la misma estructura el art. 172 bis, que el anterior artículo 172.3 LC, no disipaba las dudas, por lo que todo parecía indicar el descarte de la tesis causalista.

En base a todo lo expresado, debemos apoyarnos en la jurisprudencia, la cual en un principio partió de una tesis causalista, descartando la naturaleza sancionadora. Así, en la STS de 23 de febrero de 2011 se indica que “carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable –por haber contribuido con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada”.

No obstante, las sentencias de 20 y 26 de abril de 2012 muestran un cambio de tendencia y el abandono definitivo de la tesis resarcitoria. Así, la sentencia de 21 de mayo de 2012, la cual señala que no es posible condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito –la contribución de su conducta con la generación o agravación de la insolvencia- que no es exigido por el tipo. Presupone, por otro lado, la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal –tesis de la sentencia de instancia- en este pasaje de la sentencia (fundamento sexto in fine); *“del mismo modo, afirmar que el art.172, apartado 3, contiene una regla sancionadora no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso”*. Ello dio lugar a que el Magistrado Sancho Gargallo emitiera un voto particular discrepante, voto particular en el que nos detendremos más adelante.

Finalmente, la sentencia de 16 de julio de 2012 supone la culminación definitiva de la evolución del Tribunal Supremo y el total abandono de la tesis resarcitoria. Señalando que *“no se trata, en consecuencia, de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere; ostentar la condición de administrador o liquidador; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal”*.

Dicho cambio jurisprudencial tuvo su reflejo en la legislación tras la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014 (RCL 2014, 340), de 7 de marzo, en la que plasma de manera evidente el criterio señalado por el Magistrado Sancho Gargallo, en el voto particular que hemos citado anteriormente¹⁰. Reforma que introduce una novedad muy importante en el artículo 172 bis añadiendo que “...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, la reforma establece la cobertura del déficit en función de que se pruebe la relación causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación culpable del concurso y la generación o agravación de la insolvencia, decantándose así por una responsabilidad de tipo causal. Ni siquiera hace referencia a la causalidad con la conducta que hubiere motivado la calificación culpable del concurso, sino, con el hecho de haber generado o agravado la insolvencia, ámbito éste de responsabilidad más específico y limitado que aquel. Tal es así, que encontraremos supuestos de hecho, en los que difícilmente se podrá acreditar el nexo causal entre dicha conducta y la generación o agravación de la insolvencia. Por ejemplo, supuestos de irregularidades contables en los que difícilmente podrá acreditarse un nexo causal entre dicha conducta y la generación o agravación de insolvencia. Irregularidades que habrían provocado una obligatoria toma de decisiones en momento oportuno que hubieran evitado el agravamiento de la insolvencia.

En conclusión, tras la reforma establecida por el citado Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, la naturaleza jurídica del artículo 172 bis, es una responsabilidad de carácter causal, incidiendo de modo determinante en la cobertura del déficit al exigirse la prueba de la relación causal, (“en la medida...”), entre la conducta que haya determinado la calificación culpable del concurso y la generación o agravación de la insolvencia.

Finalmente, también debemos esclarecer que tras la reforma llevada a cabo por el RD-Ley 4/2014, la diferencia entre la responsabilidad indemnizatoria a la que hace

¹⁰ Voto particular a la STS 4441/2012 emitido por el Excmo. Sr. Magistrado SANCHO GARGALLO, I. atendiendo esencialmente a la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso hubiera tenido en la generación o agravación de la insolvencia: “(...).De este modo, en la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, plasmándose de tal forma en la condena a pagar el total o un tanto por ciento del déficit concursal, en función de si es culpable totalmente de la generación de la insolvencia o si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, en este caso habrá que graduar estimativamente esta incidencia”.

referencia el artículo 172.2.3° LC, responsabilidad por los daños y perjuicios causados, y la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC, radica en que aquélla exige la prueba de la relación causal con el perjuicio, en tanto que en ésta, la responsabilidad por el déficit concursal, requiere la prueba de la relación causal con la insolvencia.

4.2 PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL

En base a todo lo enunciado anteriormente, podemos determinar, esquemáticamente, los requisitos necesarios para poder exigir la condena de responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC.

Dichos presupuestos son:

A. Que la sección de calificación se haya formado a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Así, el artículo 172 bis comienza diciendo “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación...”

B. Que el concurso sea calificado como culpable.

C. Que la masa activa sea insuficiente para pagar a los acreedores el importe de sus créditos.

D. Relación de causalidad entre la conducta realizada por el sujeto pasivo, afectada por la calificación, y la generación o agravación de insolvencia.

4.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CONDENA DEL ARTÍCULO 172 BIS LC

Interesa destacar, en orden a la determinación de las peculiaridades de esta responsabilidad:

- Individualización de la condena¹¹: la condena no se impone al órgano de administración como tal, sino que esta ha de recaer, de forma exclusiva, sobre aquellos que actuaron de forma dolosa generando o agravando el estado de insolvencia de la sociedad concursada. Por lo tanto, hablamos de una condena que habrá de ser individual en virtud de la actuación de cada sujeto. Consecuentemente es una obligación de carácter personal, y no existe una imputación colectiva de culpa como sucede con las acciones de responsabilidad societaria por daños, responsabilidad, por cierto, de la que se responde con todos los bienes presentes y futuros. Así, terminado el concurso por insuficiencia de masa activa, sin que por otra parte, y por idéntica, razón, los administradores hayan cumplido enteramente su condena, su deber de pago perdura más allá de la conclusión del proceso, conservando los acreedores una acción para reclamar la cantidad no satisfecha si llegaran a mejor fortuna y ello, por supuesto, hasta el límite de su condena.

- Carácter subsidiario, pues los administradores sólo vendrán obligados a pagar en defecto de masa activa suficiente para cubrir el pasivo del deudor¹². Ello significa que su imposición comporta la excusión previa de los bienes y derechos de la sociedad.

Llegados aquí, y a modo de conclusión, podemos decir que la responsabilidad de los administradores derivada del artículo 172 bis LC es personal, subsidiaria, mancomunada y limitada.

¹¹ El precedente del art. 172 bis LC (antiguo art 172.3 LC) hacía referencia conjunta a todos los legitimados pasivos indistintamente. Ello había generado el debate en torno al carácter solidario o no de dicha condena, y así debía entenderse, aplicando la analogía con los supuestos de responsabilidad societaria de administradores por daños y deudas, que por exigencia del propio régimen de la responsabilidad concursal.

¹² Sobre el carácter subsidiario de la responsabilidad, vid., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», pág. 714.

4.4 IMPORTE DE LA CONDENA

Como hemos explicado anteriormente, estamos ante una condena de carácter subsidiario que se fija en atención a la cuantía adeudada, la cual no ha podido ser satisfecha por la masa activa. No obstante, ello no significa que los administradores condenados deban pagar en todo caso el importe fallido. Así, en algunas ocasiones esta condena solo se limitará a una parte del déficit, "...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."

El juez deberá individualizar la condena a cada sujeto responsable, valorando la cantidad asignable a cada uno. La decisión del juez en ningún momento podrá ser arbitraria.

Nos encontramos ante una norma que atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, ya que no nos dice cuáles son los factores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de condenar total o parcialmente, y en caso de que sea parcial, que porcentaje. Consecuentemente, hemos de hacer una crítica al respecto ya que el legislador no identifica los criterios para esa imputación y graduación. A pesar de la deficiencia de la norma, se estima que no es un obstáculo insalvable. El órgano judicial condenará atendiendo a las diferentes circunstancias en virtud de la conducta dolosa o culposa, la entidad y el alcance de los deberes inatendidos en relación con su mayor o menor transcendencia en la contribución del déficit patrimonial.

En este punto del importe de la condena debemos apoyarnos nuevamente en el voto particular emitido por el Excmo. Magistrado D. Ignacio Sáncho Gargallo, Voto particular a la STS de fecha 21/05/2012 (RJ 2012, 6567), en el cual refleja su criterio en torno al *quantum* de la condena.

Conforme a dicho criterio, plasmado en el citado Voto particular, yendo al terreno de la casuística, podríamos concluir que: para el caso de incumplimiento del convenio imputable al deudor (art. 164.2.3º LC), acaso la responsabilidad podría referirse a la diferencia de lo que hubieran cobrado los acreedores en caso de cumplimiento del convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación. En caso de simulación de la situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º LC), habría que estar a los efectos que hubiera podido provocar tal simulación en la generación o agravación de la insolvencia.

Menos dificultades a la hora de fijar el importe de la condena encontramos en los supuestos de alzamiento de bienes (164.2.4º LC), salida patrimonial fraudulenta (art. 164.2.5º LC), incluso el supuesto de concurso tardío (art. 165.1º LC). Y, respecto de las conductas tipificadas en el art. 164.2.1º y 2º LC, la ausencia de libros contables, el incumplimiento sustancial de la misma o la irregularidad contable relevante (1º), así como la inexactitud grave en la documentación aportada (2º), habrá que analizar si tales conductas han impedido o no el conocimiento de las causas de la generación o agravación de la insolvencia¹³¹⁴.

En definitiva, habrá que determinar en qué medida tales conductas han podido contribuir a generar o agravar la insolvencia, bien porque no han posibilitado el conocimiento debido de las causas de la misma, bien porque se ha podido acreditar su efectiva contribución a aquélla. Parámetro extensible al incumplimiento del deber de colaboración con la Administración concursal (art. 165.2º LC), cuando en su virtud se impida el conocimiento de las causas de la insolvencia, su generación o agravación.

Finalmente, tal y como afirma el Excmo. Sr. Magistrado D. Ignacio Sáncho Gargallo, en el referido Voto particular:“(...). 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 hubieran 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 su agravación, y si ésta es imputable y en qué medida a alguno de sus administradores”.

¹³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., op.cit., también señala que si la calificación se apoyó en alguno de los hechos de concurso culpable tipificados en el art. 165.2 LC, la cantidad imputada al sujeto pasivo dependerá del grado de imputación personal del hecho en concreto apreciado como determinante de la calificación en el caso, y no tanto de dicha generación o agravación de la insolvencia. Es decir, atender al grado de la cuantía individualizada en función del grado de culpabilidad en un caso, o de imputación del ilícito en otro. No debe descartarse la hipótesis, de que el juez, tras no apreciar elementos de diferenciación entre los sujetos pasivos, opte por imputar la cuantía de la condena a partes iguales, es decir, en cuotas idénticas.

¹⁴ La doctrina de la Sección 15,^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. En sentencia de 29 de noviembre de 2007, de 25 de marzo de 2008 y 4 de junio de 2009, tiene dicho que “la falta de aportación de la contabilidad o en definitiva su inexistencia, durante un período de tiempo dilatado y relevante, en la medida en que impide conocer las causas de la generación o agravación de la insolvencia y el comportamiento observado por el administrador ante la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad en cada momento, permite construir una presunción judicial de responsabilidad con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, sólo desvirtuable mediante prueba en contrario por parte del administrador, que es quien tiene la facilidad y disponibilidad probatoria, ante la ausencia de tan esencial elemento de juicio para poder juzgar su contribución causal a dicho estado”.

4.5 CUESTIONES PROCESALES DEL ARTÍCULO 172 BIS LC

Por último, y para completar el estudio del art. 172 bis LC, quiero significar algunas cuestiones de naturaleza procesal que el precepto plantea.

Respecto al escrito de solicitud de condena a la cobertura del déficit: es necesario exigir a las partes que instan la calificación como culpable que concreten no solamente la persona afectada por la misma sino las consecuencias derivadas de tal calificación, y de manera específica qué efectos le pueden deparar al sujeto pasivo y a los que se refiere el artículo 172 bis LC.

La pretensión de responsabilidad concursal por déficit debe ser introducida en los escritos iniciales que actúan como verdaderas demandas, no obstante la terminología legal es manifiestamente mejorable. Así, en aras del principio de la tutela judicial efectiva debería haberse regulado más detalladamente un trámite para la determinación de la responsabilidad por déficit del art. 172 bis LC.

Sobre el escrito de calificación aunque la ley nada diga al respecto, entiendo que debería tener la estructura de una demanda de juicio ordinario, en el que se detallasen los hechos que dan lugar a la responsabilidad de los administradores y se justificase el motivo por el cual se solicita la condena al pago de una u otra cantidad. Ya que la ley prevé un trámite por el cual las personas afectadas por la calificación se pueden oponer a la solicitud formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y también, la de los acreedores concursales, parece lógico que si la calificación acaba con una sentencia debería habersele dado la estructura de un proceso.

Por lo que respecta a la intervención de los acreedores, nos encontramos ante dos tesis:

1. Tesis mayoritaria que niega la legitimación de los acreedores y por ende, no se puede justificar la condena de responsabilidad por déficit solo en su petición.
2. Tesis minoritaria que acepta la legitimación de los acreedores como parte a todos los efectos.

Así, de especial interés es la STS 608/2012 de 24 de octubre de 2012, en la que declara haber lugar al recurso de casación formulado contra la Sentencia de fecha 07-01-2009, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dejándola sin efecto. En dicha sentencia, el Tribunal de apelación negó la legitimación a

la Tesorería General de la Seguridad Social para apelar, basando tal decisión en la primitiva redacción del artículo 168 de la Ley 22/2003, de 9 de julio - a cuyo tenor "cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable " - y en la norma del apartado 1 del 170 de la misma Ley - según la que "si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno".

Contra la sentencia de la segunda instancia interpuso Tesorería General de la Seguridad Social recurso de casación. Afirma la recurrente que, en contra de lo decidido por el Tribunal de apelación, estaba legitimada para recurrir la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo, en su fundamento tercero señala:

“El artículo 168, apartado 1 , de la Ley 22/2003 tal como quedó redactado por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, reconoce, a cualquier acreedor y a quien demuestre interés legítimo, no sólo la facultad de "personarse en la sección [de calificación] alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable" - que es lo que establecía el texto antes de ser reformado - sino también la de "ser parte", con las consecuencias que ello tiene.

Dicha nueva redacción no era la aplicable al litigio a que se refiere el recurso, dada la fecha en que la reforma entró en vigor y lo establecido en el ordinal cuarto de la disposición transitoria octava del mencionado Real Decreto. Sin embargo, como señalamos en la sentencia 534/2012, de 10 de septiembre, ello no significa que la interpretación dada por el Tribunal de apelación a la norma del artículo 168, en su primitiva redacción, fuera la correcta, teniendo en cuenta que estaba en cuestión un derecho fundamental -STC 15/2012, de 13 de febrero (RTC 2012, 15), y las que en ella se citan.

En definitiva, la acreedora Tesorería General de la Seguridad Social estaba legitimada para recurrir la sentencia de la primera instancia, en los términos en que lo hizo, dado su legítimo interés en la cuestión.”

De todo lo analizado en esta sentencia, me posiciono partidario de la tesis minoritaria, ya que viene a consagrar el principio de igualdad de las partes en el procedimiento. Además, considero que carece de sentido privar la legitimación de los acreedores concursales por su evidente interés a las condena a cubrir el déficit del art. 172 bis LC

5. OTRAS CONDENAS

Aparte de la condena del artículo 172 bis LC y la medida cautelar del artículo 48 ter LC, vinculada con la posible responsabilidad concursal del 172 bis LC, en nuestra Ley Concursal encontramos otra serie de efectos que se pueden producir sobre los administradores tras la declaración del concurso, efectos los cuales podrían dividirse en dos vertientes:

Efectos personales:

i. En base al artículo 172.2.2º LC podrán ser condenados a una inhabilitación temporal para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años y para representar a cualquier persona, física o jurídica, durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. La inhabilitación será, en todo caso patrimonial, “esto es, aquella que legitima para disponer de los bienes de otro, lo que se contempla con la simple administración de los bienes” (por ello, estaría cubierta por la inhabilitación, por ejemplo, la administración de los bienes de los hijos menores de edad, pero no el ejercicio de la representación legal y el ejercicio de la patria potestad, que seguiría en manos del inhabilitado)¹⁵. Además, la Ley 38/2011 ha introducido dos modificaciones importantes en el régimen jurídico de la inhabilitación concursal: en primer lugar, se permite ahora autorizar, en caso de convenio y previa solicitud de la administración concursal, que el inhabilitado siga al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada (artículo 172.2.2º párrafo 2º LC). En segundo lugar, en el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos (artículo 172.2.2º párrafo 3º LC).

¹⁵ Como puntualiza la SAP Barcelona de 27 de abril de 2007.

Efectos patrimoniales:

ii. Una de las posibles consecuencias que pueden surgir sobre la figura del administrador o administradores tras la declaración del concurso es la estipulada en el artículo 48.4 LC, la pérdida de retribución a su cargo “Si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada.”

iii. Otro de los efectos más importante es el estipulado en el artículo 92.5, que afecta a los créditos que puedan ostentar como acreedores en el concurso los administradores. Dichos créditos tendrán la consideración de créditos subordinados, por ser una de aquellas personas que guardan una relación especial con el deudor. Como se indica en el artículo 93.2.2º, se considerarán especialmente relacionados con el concursado “*Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*”.

iv. En el artículo 172.2.3º enuncia otro efecto, de carácter económico, que será “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.”.

Para finalizar, resta decir que, en caso de apertura de la fase de liquidación, se producirá el cese de los administradores quedando el órgano inoperativo, por lo que todas las decisiones que le correspondían, sin excepción alguna, se trasladarán a la administración concursal (art. 145.3 LC). No recibe en cambio el mismo tratamiento la junta, que continuará bajo el régimen de suspensión (art. 145.1 LC).

6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Trataremos a continuación el tema de las distintas acciones de las que pueden ser sujetos pasivos los administradores de la sociedad.

Como ya sabemos, el régimen concursal está basado en el principio de la *par condicio creditorum*, por ello existe una modificación en el libre ejercicio de las acciones individuales declarativas y una paralización de las ejecuciones, viéndose sustituida por una agresión colectiva al patrimonio del deudor mediante la formación de la masa pasiva, en la que se integran todos los acreedores del deudor anteriores a la declaración de concurso (art. 49.1 LC).

Nos encontramos ante un asunto que ha sido objeto de varias modificaciones durante los últimos años, ya que se advertía un cierto solapamiento entre unas y otras acciones, dada las responsabilidades que, en sede concursal, se pueden generar para los administradores sociales. Tal era la distorsión o solapamiento que se apreciaba que llevó a la jurisprudencia a cuestionarse su libre ejercicio, encontrándonos dos posturas doctrinales al respecto:

- Los que consideraban que era inviable el ejercicio de esas acciones societarias durante la tramitación del concurso, en aplicación de la interrupción de la prescripción estipulada en el artículo 60.2 LC¹⁶.
- La posición mayoritaria, que, aunque reconociendo su perjuicio que generaba su concurrencia con las acciones concursales, consideraban su plena efectividad.

De la realización de estas acciones, nos encontrábamos con los siguientes efectos:

En el caso de la condena derivada del ejercicio de la acción social de responsabilidad: la restitución de esta condena recae en favor de la masa activa, por lo tanto no existe perjuicio alguno para el interés del concurso. Consecuentemente, su compatibilidad con el procedimiento está fuera de toda duda.

¹⁶ Esta es la posición defendida por Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, en Auto de 13 diciembre 2005, que fue revocado por Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de diciembre 2006. En contra, la Audiencia Provincial de Las Palmas, en Sentencia de 6 marzo de 2009, recogiendo en toda su extensión el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, Sentencia de 29 diciembre de 2006 reafirma la plena compatibilidad de las acciones societarias con las concursales.

En lo relativo a la condena a los administradores al pago de las deudas sociales, en base al artículo 367 TRLSC, dicha responsabilidad hace a los administradores asumir las deudas generadas por la sociedad, tras su incumplimiento, del deber de procurar la disolución o el de solicitar el concurso si la sociedad era insolvente. Dicha acción comparte similitudes con la condena a cubrir el déficit concursal. En ambos casos se pretendía hacer asumir a los administradores deudas de la sociedad, con una diferencia, en el caso el art. 367 TRLSC con independencia de que la sociedad también pudiera satisfacerlas; y en el caso del art. 172 bis LC siempre que dichas deudas permanecieran insatisfechas tras la liquidación concursal. Y el hecho de que la acción del art. 367 TRLSC se pudiera llevar a cabo tanto por no procurar la debida disolución, como por no solicitar el concurso, hacía aún más evidente, especialmente en este último caso en el que el concurso podría terminar declarándose necesario y calificándose como culpable en virtud de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1º LC, la invocada coincidencia del objetivo que podía dar lugar a un trato desigual entre acreedores que se encontraban en las mismas condiciones, en función del instrumento utilizado y del éxito obtenido en su utilización.

Por ello la reforma concursal dada por la Ley 38/2011 estableció las siguientes medidas al respecto, optando por un sistema de acumulación y suspensión de procedimientos, para evitar la ruptura del principio de paridad de trato.

Así el artículo 48 *quáter* LC establece que “Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.”. Con la legitimación exclusiva de la administración concursal se busca evitar supuestos de dispersión en el ejercicio de la acción, en beneficio de la unidad de objeto.

Respecto a las acciones iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso, se establece en el artículo 51.1 párrafo segundo “se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.”.

En lo que se refiere al ejercicio de acciones en demanda de responsabilidad frente a los administradores por incumplimiento de las obligaciones sociales (por no solicitar el concurso o no promover la disolución) el artículo 50.2 LC establece que “Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.” Párrafo anterior que prevé que: “Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.” Por lo tanto no se admitirán nuevas reclamaciones de obligaciones sociales a los administradores de la sociedad desde la declaración del concurso. No obstante, ha de observarse que sólo en caso de concurrencia de causa de disolución. La norma no hace referencia alguna al supuesto de la obligación de solicitar el concurso en el caso de ausencia de acuerdo, cualquiera que sea la causa.

Respecto a los procedimientos iniciados, el artículo 51 bis.1 LC determina que “Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.” Prevé la suspensión de dichos procedimientos, eso sí, de nuevo se hace referencia exclusiva a la responsabilidad que dimana de la concurrencia de causa de disolución.

Por lo tanto, no se iniciarán o no se continuarán reclamaciones sociales en aplicación del artículo 367 TRLSC y en cuanto a la responsabilidad por daño sólo podrán llevarla a efecto los administradores concursales, continuando las iniciadas dentro del

procedimiento concursal, siempre que estén en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Aquéllas acciones en defensa del interés social, cuya tramitación haya superado las fases indicadas continuarán su procedimiento hasta su conclusión, revirtiendo la indemnización que en su caso se obtenga a favor del patrimonio de la sociedad en concurso.

No obstante, de todo lo analizado se observa que la Ley Concursal deja al margen de esta medida las acciones de responsabilidad individual por daños, y es que esta puede ser ejercitada con independencia del curso que se le haya dado en la sociedad a la crisis patrimonial en la que está incurso, mediante procedimiento ordinario y bajo la jurisdicción del juez que corresponda, ya que nada puede impedir que actúen en defensa de sus legítimos derechos quien ha sido perjudicado por la actuación directa de un administrador¹⁷.

Ante esta desconcertante situación nos hemos llegado a encontrar con decisiones judiciales que optan por la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores de la persona jurídica¹⁸, en base al art. 60.2 LC, entendiendo que si da lugar a la interrupción de la prescripción, es porque esas acciones no se pueden ejecutar mientras dure el proceso. No obstante el artículo 60.2 LC no hace referencia expresa a la acción individual, por lo que dicha teoría carece de sentido alguno, es más, llevaría a incluir también la acción social, la cual en ningún momento ha quedado interrumpido su plazo de prescripción durante el concurso.

Desde el punto de vista de *lege data*, la autonomía de la acción individual ha sido reconocida respecto a los artículos 172.2.3º y 172 bis LC de responsabilidad concursal.

El problema reside en las consecuencias del ejercicio de esta acción ya que puede dejar sin efecto cualquier condena concursal posterior al fallo que confirme la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores concursales, ya que a través del ejercicio de la acción individual quedará, sin duda, disminuido el patrimonio de los administradores y, con ello, mermada la garantía que a los acreedores ofrecen los artículos 172.2.3º y el artículo 172 bis LC. Esta situación puede atentar contra el

¹⁷ Vid., QUIJANO GONZÁLEZ, J., en su artículo doctrinal “acumulación de acciones societarias (social individual y por deudas) y concursales e responsabilidad” publicado en la *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales e Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* núm.22/2015: estipula que “nada hay en la Ley que impida ejercer la acción individual. El silencio legal al respecto debe entenderse favorable a su ejercicio, pues si la ley hubiera querido evitarlo debería haberlo hecho expresamente.”.

principio en el que se sustenta todo procedimiento concursal, el principio *par condicio creditorum* ya que esta situación facilita la posibilidad, para el acreedor individual, de escapar del rigor del concurso ya declarado o próximo a iniciarse, pudiendo obtener el cobro extraconcursalmente. La utilidad de la acción en este sentido, y hasta que no se produzca, en su caso, una reforma legislativa, está fuera de toda duda.

Por todo ello debemos denunciar que estas reformas deberían completarse, para evitar la rotura del principio *par condicio creditorum* y con ello que las medidas de los artículos 172.2.3º y 172 bis LC pudieran llevarse a cabo. Debería de impedirse por lo tanto la posibilidad de iniciar una acción individual si existe la posibilidad de derivar responsabilidad hacia los administradores de la sociedad en el concurso, debiendo esperar en todo caso su ejercicio al contenido de la sentencia de calificación¹⁹.

¹⁹ Para QUIJANO GONZÁLEZ, J. op.cit.: vista la solución adoptada para el caso de responsabilidad por deudas, dirigida a evitar el solapamiento durante la tramitación del procedimiento concursal, resulta destacable la falta de tratamiento equivalente para el caso de la acción individual ya que, el legislador pudo establecer un tratamiento similar, o al menos optar por la acumulación al concurso; pero, conocido el problema, nada dispuso.

7. CONCLUSIONES

En torno al embargo preventivo del artículo 48 ter LC nos encontramos ante una norma muy severa, caracterizada por su ambigüedad e imprecisión, y que puede crear un gran perjuicio económico al administrador que se ve afectado por dicho embargo, ya que para la adopción de esta medida no se tiene ni tan siquiera que prestar la caución suficiente. En mi opinión, estamos ante un artículo que concede una amplia discrecionalidad al juez, pudiendo el juez adoptar el embargo preventivo incluso de oficio. Por todo ello, considero que su aplicación, deberá ser limitada y cuanto menos prudente, debiendo ser aplicada en casos extremadamente justificados.

Además es un artículo que adolece, a mi entender, de una serie de defectos ya que, no se encuentran legitimados activamente para solicitar el embargo preventivo ni el Ministerio Fiscal ni los acreedores concursales. No entiendo el motivo por el cual la ley reconoce únicamente la legitimación para la solicitud de esta medida a la administración concursal. De la misma forma que el Ministerio Fiscal puede solicitar la calificación del concurso como culpable, también podría haberle sido concedida esta legitimación. Por otro lado, no se entiende porque se excluye de esta legitimación a los acreedores concursales ya que, en los momentos iniciales del concurso, son quienes más datos pueden tener de la actividad irregular que haya podido desarrollar el concursado, en base a la cual pudiera decretarse ese embargo preventivo.

Además, el artículo no nombra a “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” y puesto que, estos también pueden ser condenados a la cobertura del déficit del artículo 172 bis LC, deberían ser también citados en el artículo 48 ter LC.

En lo relativo al artículo 172 bis, nos encontramos ante una norma que ha sido fruto de reformas necesarias, estableciendo finalmente, la necesaria prueba de la relación de causalidad entre la conducta realizada por el sujeto pasivo, afectada por la calificación y la generación o agravación de insolvencia (criterio establecido en la reforma dada por el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo). A mi entender, me posiciono a favor de la exigencia de la prueba del nexo de causalidad, para evitar así la aplicación de condenas cuya cuantía sea prácticamente imposible de ser satisfecha por el condenado, limitando la responsabilidad económica de los administradores, estrictamente, al perjuicio

económico generado (dando lugar al agravamiento o creación de situación de insolvencia) por sus actuaciones realizadas. No obstante, debemos resaltar la necesidad de establecer unos criterios claros a la hora de la graduación de dicha condena, huyendo así de cualquier tipo de discrecionalidad y facilitando la labor del juez.

Finalmente, respecto a las posibles acciones de las que pueden ser sujetos pasivos los administradores, se han producido muchas reformas legislativas que han querido evitar el solapamiento entre los diversos regímenes de responsabilidad a los que están sujetos los administradores. Pero tenemos que remarcar que a nuestro juicio todavía se deberían de dar las reformas necesarias para evitar el posible ejercicio de la acción individual durante el proceso concursal, ya que la efectividad de dicha acción afectaría al patrimonio de los administradores, disminuyendo así el patrimonio de estos y mermando, las posibilidades de cobro de los restantes acreedores concursales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 2013, vigésima edición.
- GALLEGO, E. “Concurso de la persona jurídica” AAVV BELTRÁN, E. y GARCÍA CRUCES, J.A. (director) en *Enciclopedia de Derecho concursal* tomo I. Aranzadi.
- GARCÍA-CRUCES, J.A.: “La responsabilidad concursal” Manual “La responsabilidad de los administradores” Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Escrito sacado de la página web www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/laResponsabilidaddelosAdministradores.pdf
- HUALDE LÓPEZ, I.: “Incidencia de la ineficiencia sobrevenida del concurso en el vencimiento anticipado de los créditos concursales”. Artículo publicado en la página web www.experto.aranzadidigital.es Fecha 10-4-2015.
- LARGO GIL, R y HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *Derecho Mercantil II, volumen 3: Derecho del Mercado Financiero y Derecho Concursal*, Kronos, Zaragoza, 2015, 1ª edición.
- MARTÍN REYES, M.A.: “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”. Artículo publicado en la página web www.experto.aranzadidigital.es. Fecha 15-4-2015.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, edición 12ª.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “la responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* núm.18/2013. Págs 51-66.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “acumulación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”. *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* núm.22/2015. Págs. 43-50.
- RIBELLES ARELLANO, J.M.: “la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”. *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* núm.22/2015. Págs 215-221.
- ROBLES GARZÓN, J.A.: *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, Tecnos, Madrid 2013, quinta edición.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El concurso de las sociedades personalistas”. Artículo

publicado en la página web www.experto.aranzadigital.es. Fecha 10-4-2015.

- SALDAÑA VILLOLDO, B.: “La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho”. Artículo publicado en la página web www.experto.aranzadigital.es. Fecha 5-03-2015.

- www.experto.aranzadigital.es “Régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores de sociedades” y “régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades”. Fecha 5-04-2015.

Legislación:

- Código civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre.
- Real Decreto Ley 3/2009.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Jurisprudencia:

- STS 4441/2012, fecha 21/05/2012. Buscador: CENDOJ.
- STS núm. 608/2012 de 24 octubre. Buscador: CENDOJ.

ANEXO

-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 4441/2012 (21 DE MAYO DE 2012)

Antecedentes más relevantes: La sentencia recurrida desestima los recursos de apelación formulados contra la sentencia de calificación dictada en primera instancia por el juzgado mercantil, y con ello confirma la calificación culpable, así como el resto de los pronunciamientos que acompañan a dicha calificación.

La *calificación culpable del concurso* de la sociedad N. C. I. S.L. se basa en las siguientes conductas:

- Con la solicitud de concurso voluntario, la concursada aportó un balance de situación, fechado el 4 de octubre de 2004 y cerrado a 30 de septiembre, que incluía una cantidad por activos ficticios de 1.286.006,11 euros (en concreto créditos ficticios), que representaba más del 12% del activo según la valoración contenida en dicho balance de situación y más del 20% del activo según la valoración que posteriormente hizo la administración concursal en su informe. El tribunal de instancia apreció que esta conducta constituía, de una parte, una irregularidad en la contabilidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada (art. 164.2.1º LC), y, de otra, una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.2º LC), que en todo caso merecían la calificación culpable conforme a los números 1º y 2º del art. 164.2 LC.

- Don E, a través de la sociedad X.C. I. S.L., de la que era socio único, cobró de la concursada 113.856 euros, en concepto de servicios carentes de justificación; y D. A. detrajo de la concursada 200.000 euros, "para aplicarlos en su provecho particular a fin de pagarse la compra de una vivienda". Ambas conductas son subsumidas directamente en el art. 164.1 LC, en la medida en que agravaron la situación de insolvencia.

Las *personas afectadas por la calificación* son los dos administradores legales, D. E. y Dña. E., y el administrador de hecho D. A. En concreto:

i) A los dos administradores legales se les imputa la primera conducta, que ha merecido la calificación culpable de concurso al amparo de los apartados 1º y 2º del art. 164.2 LC

(la simulación de un activo ficticio en la contabilidad y en la información aportada con la solicitud de concurso).

ii) Al administrador legal D. E. se le imputa también esta condición de persona afectada por la calificación en relación con el cobro de 113.856 euros, en concepto de servicios carentes de justificación, que ha contribuido a la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC.

iii) Y al administrador de hecho D. A. se le imputa la condición de persona afectada por la calificación, por haber detraído de la concursada 200.000 euros, que también ha contribuido a calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.1 LC .

Además, conforme a lo previsto en el art. 172.2.3º LC, se condena a D. E. y D. A. a *restituir a la masa las cantidades detraídas indebidamente del patrimonio de la concursada*, más el interés legal devengado por cada una de estas cantidades desde la presentación del informe de calificación, " *esto último en concepto de indemnización de daños y perjuicios* ".

Finalmente, la sentencia del juzgado mercantil, confirmada por la de apelación, condena a las tres personas afectadas por la calificación (D. E. , Dña. E. y D. A.) "por terceras partes iguales, a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".

La administración concursal había pedido la condena solidaria, pero el tribunal de instancia entendió que el art. 172.3 LC no permitía esta responsabilidad solidaria, y aplica la regla general de la mancomunidad.

En cualquier caso, y por lo que interesa ahora, el fundamento de esta responsabilidad, según la sentencia recurrida, es que se trata de una sanción, consiguiente a la calificación culpable del concurso y a la identificación de las personas afectadas por la calificación.

Aunque no se argumente expresamente, parece que en la sentencia de primera instancia se considera que esta responsabilidad es automática y consiguiente a la calificación culpable, pues no se explica el por qué de la condena y el por qué esta condena alcanza

a la totalidad de los créditos no satisfechos con la liquidación y no a una parte, más allá de la propia calificación culpable del concurso.

Por su parte, la sentencia de apelación, que es la que se recurre, considera que la referencia legal al "podrá" es una imprecisión en la redacción del precepto y hace referencia a que no habrá que condenar necesariamente a todos los administradores o liquidadores, sino a aquéllos que, por su participación en la conducta determinante de la calificación culpable del concurso, sean considerados personas afectadas por la calificación, y a que "la imposición de tal responsabilidad puede ser por el todo o por parte del déficit concursal". Esto es, entiende que la responsabilidad es consiguiente y automática a que se haya calificado culpable el concurso, sea cual sea el motivo aplicado, y se proyecta sobre las personas afectadas por la calificación. Luego, más allá del juicio de imputación de las conductas que merecen la calificación culpable del concurso, en que consiste la determinación de las personas afectadas por la calificación, no sería necesario acudir a ninguna justificación adicional para imponer la responsabilidad de los administradores a cubrir el déficit concursal. La única justificación adicional sería la que admitiría una moderación de la condena, que permitiría graduar la responsabilidad (que siempre existiría), "en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma, etc". Conviene insistir en que según esta concepción de la responsabilidad *ex art. 172.3 LC*, ésta procedería siempre que se hubiera calificado culpable el concurso de una persona jurídica, pues necesariamente se habría identificado también a las personas afectadas por la calificación, y la discrecionalidad judicial tan sólo afectaría a la graduación, esto es, a si se condena a pagar todo o parte del déficit.

En este marco, la sentencia recurrida vuelve a argumentar la procedencia de la imputación de las conductas que han merecido la calificación culpable del concurso a las personas que ya han sido declaradas afectadas por la calificación, lo cual, bajo su lógica, ya no sería necesario, y, sin embargo, no existe ninguna razón que explique por qué se condena a todo y no a una parte, que es el único margen de discrecionalidad que la propia sentencia, de forma teórica, admite.

Este punto tiene gran importancia a la vista del parecer de la mayoría que, como veremos más adelante, entiende que esta responsabilidad *ex art. 172.3 LC* no es automática ni por ello consiguiente a la calificación culpable del concurso, sino que requiere de una justificación adicional. Esta justificación adicional no ha existido, empero, en las sentencias dictadas en la instancia.

Tras destacar los antecedentes más relevantes el Sr. Magistrado Sancho Gargallo, en su voto particular, hace una interpretación literal del artículo 172.3 LC (ahora art. 172 bis LC).

Del análisis literal del precepto el Sr. Magistrado destaca que el verbo empleado ("podrá"), en el artículo, contribuye, cuando menos, a justificar la posibilidad: que haya supuestos en que, pese a haberse declarado culpable el concurso de una persona jurídica, no se condene a los administradores o liquidadores a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. Esta discrecionalidad judicial (para condenar o no) viene reforzada por el hecho de que, caso de hacerlo, pueda a su vez precisar el alcance de la condena, esto es, la proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que deben responder los administradores.

Si el juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio claro de imputación que garantice la seguridad jurídica. Pero este criterio no puede ser la mera calificación culpable, porque, como ya hemos advertido, es un presupuesto básico, pero no una condición suficiente. Así lo ha entendido esta Sala desde su sentencia 644/2011, de 6 de octubre, cuando afirma que: "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 22/2.003*, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".

Respecto de esta "justificación añadida", que no estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría. Desde aquella Sentencia 644/2011, de 6 de octubre, la Sala viene entendiendo que "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 del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el *apartado 1 del artículo 164* -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...-. Y ello, porque, como argumenta a continuación, "no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social- y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable".

Es aquí donde radica, a mi juicio, el equívoco de la sentencia, pues esta misma Sala ha venido

reconociendo desde la Sentencia de 56/2011, de 23 de febrero, que "*El artículo 172, apartado 3* (...) carece de la naturaleza sancionadora (...), dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable -por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de [la sociedad concursada], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa". Si esta es la *ratio iuris* de la responsabilidad, es lógico que el criterio de imputación tenga que acomodarse a ella y no a la negada naturaleza sancionadora, como de hecho acaba ocurriendo en la lógica de la argumentación de la mayoría.

Si es cierto, como afirma la Sala hasta la sociedad, que en el art. 172.3 LC la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, es lógico que el criterio para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores o liquidadores sociales y su alcance sea la incidencia que la

conducta ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

Esta interpretación se acomoda mejor con la dicción legal del precepto, pues guarda relación con el objeto de la condena (pagar todo o parte de los créditos no satisfechos con la liquidación), que es la consecuencia última y mediata de la generación o agravación de la insolvencia; y, además, permite graduar la responsabilidad, en función de la mayor o menor incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, e identificar de entre todas las posibles personas afectadas por la calificación (caso de concurrir distintos motivos justificativos de la calificación culpable) quiénes son responsables, en atención a su participación en la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

Respecto a la incidencia de la conducta de los administradores, en el caso concreto, en la generación o agravación de la insolvencia:

Ya se siga el criterio de la mayoría o el de este voto particular, cuando se haya justificado la calificación culpable del concurso de la sociedad porque en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC), aunque sea apoyándose en la presunción de dolo o culpa grave del art. 165 LC , la responsabilidad *ex art. 172.3 LC* de los administradores o liquidadores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación estará en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la agravación o generación de la insolvencia.

La discordancia se centra en torno a la calificación culpable de concurso basada en alguna de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC , pues para enjuiciar la mera calificación culpable del concurso (art.172.2.1º LC), con la consiguiente aplicación de las consecuencias necesarias previstas en los números 2º y 3º del art. 172.2 LC , no se precisa la acreditación de la agravación o generación de la insolvencia. Pero si se pretende hacer responder a los administradores o liquidadores de la sociedad concursada de la cobertura total o parcial del déficit, bajo la *ratio iuris* antes expuesta del art. 172.3 LC , resulta lógico que se reserve a los supuestos en que se haya contribuido a la

generación o agravación de la insolvencia, lo cual tampoco es del todo ajeno a las conductas tipificadas.

En el caso de las conductas descritas bajo los ordinales 3º a 6º del art. 164.2, no debería resultar difícil mostrar en qué medida aquella específica conducta ha incidido en la insolvencia, y si no ha incidido no tiene sentido condenar a la cobertura total o parcial del déficit, pues no guarda relación con la finalidad perseguida. De hecho, en nuestro caso, el pago de una deuda inexistente de 113.856 euros a favor de uno de los administradores y la detracción de 200.000 euros de la concursada, realizada por otro administrador, podían haberse incardinado también en los ordinales 4º ó 5º del art. 164.2 LC. Y es que en muchos casos el alzamiento de bienes y las enajenaciones fraudulentas habrán motivado, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia, lo que debería ser tenido en consideración para condenar en su caso al pago del déficit.

Lo mismo sucede con el incumplimiento del convenio imputable al deudor (núm. 3 del art. 164.2 LC), aunque en ese caso la responsabilidad debería referirse a la diferencia de lo que hubieran cobrado los acreedores en caso de cumplimiento del convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación. En cuanto a la simulación de la situación patrimonial ficticia, tipificada en el núm. 6 del art. 164.2 LC, la relevancia de la simulación a los efectos de merecer la responsabilidad *ex art.* 172.3 LC estaría en función del efecto que hubiera podido provocar tal simulación.

Y, respecto de las conductas tipificadas en los ordinales 1º y 2º cuya realización pueda impedir en un caso concreto el conocimiento de las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia [como puede ser la ausencia de libros de contabilidad o las irregularidades que impiden conocer la situación económico patrimonial del deudor antes del concurso (art. 164.2.1º LC); las inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud del concurso (art. 164.2.2º LC)], estaría justificado que presumiéramos la responsabilidad de la persona afectada por la calificación en la generación o agravación de la insolvencia, pues debido al incumplimiento de un deber legal suyo no es posible conocer con precisión dichas causas. Pero siempre que la ausencia de libros, las irregularidades contables o las inexactitudes en la documentación aportada con la solicitud de concurso impidan conocer las causas que han podido generar o agravar la insolvencia, pues de otro modo no guardan relación con ello. Esto

último sucede, por ejemplo, en el presente caso en que la contabilidad presentaba un activo ficticio (créditos inexistentes por un importe total de 1.286.006,11 euros), que representaban el 12% del contenido en el balance de situación aportado con el concurso, esta irregularidad contable e inexactitud si bien es relevante para conocer la situación patrimonial de la concursada al tiempo de pedirse el concurso, no consta que pudieran impedir a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación de la insolvencia o su agravamiento.

De este modo, el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia. En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que ordinariamente se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal: si es responsable totalmente de la generación de la insolvencia, será condenado a pagar todo el déficit concursal; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia.

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. De hecho, en nuestro caso, el informe emitido por la administración concursal el 14 de diciembre de 2004, de acuerdo con el art. 74 LC , es muy completo y explica muy bien las causas de la insolvencia (apartado II.2.2, pp. 11 y ss.): las pérdidas generadas en los ejercicios anteriores, la mala gestión del circulante por no hacer líquido o efectivo el cobro de sus ventas y haber realizado inversiones fijas exclusivamente con recursos ajenos, además de la disposición de fondos para usos atípicos que eran necesarios para el circulante. En ese contexto, la administración concursal podía haber realizado en el posterior informe de calificación un análisis de la incidencia que en la generación o agravación de la insolvencia han tenido las conductas que a la postre han hecho merecer la calificación

culpable del concurso, a las que se hubiera podido añadir la mala gestión (sobre todo a la vista de lo que se exponía en el informe de la administración).

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 hubieran 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 su agravación, y si ésta es imputable y en qué medida a alguno de sus administradores.

