



FACULTAD DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

Autora: Irene Sánchez Burgos

5º, E-3 D

Área de Derecho Mercantil

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid
Abril 2018

Resumen

La responsabilidad concursal, como un posible pronunciamiento de la sección de calificación, ha sido objeto de modificaciones en la Ley Concursal y de interpretaciones confrontadas en la doctrina y tribunales, especialmente en cuanto a su naturaleza como responsabilidad. La necesidad de acuñar un concepto unívoco y garante de seguridad jurídica justifica la interpretación de su regulación, en conexión con la sección calificación en la que se desenvuelve y el Derecho de Sociedades en lo que se refiere a la responsabilidad concursal del administrador.

Palabras clave: concurso de acreedores, responsabilidad concursal, naturaleza, administrador, sección de calificación.

Abstract

The insolvency liability, as a possible pronouncement of the classification section, has been changed in the Insolvency Law and interpreted inconsistently in the doctrine and courts, especially regarding its nature as responsibility. The need to coin a univocal concept and guarantor of legal security justifies the interpretation of its regulation, in connection with the classification section in which it operates and the Company Law in regard to the insolvency liability of the administrator.

Key words: insolvency proceedings, insolvency liability, nature, administrator, classification section.

ÍNDICE

1. Listado de abreviaturas.....	3
2. Introducción	4
3. Consideraciones preliminares	5
3.1 El concurso culpable	5
3.2 Causas o supuestos de calificación del concurso como culpable	6
4. Presupuestos de la responsabilidad concursal	9
5. Ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal	11
5.1 Consideraciones sobre el administrador de hecho	14
6. Criterio de imputación.....	17
7. Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal	20
8. Relación entre la evolución de la naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal en la legislación y en la jurisprudencia	26
8.1 Texto original de la LC 2003	26
8.2 Reforma de la LC de 2011	34
8.3 Reforma de la LC de 2014	37
8.4 Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de 6 de marzo de 2017	42
9. Coexistencia y coordinación de acciones en la Ley Concursal y el Derecho de Sociedades: la acción de responsabilidad concursal, la acción indemnizatoria de daños y perjuicios y las acciones societarias de responsabilidad contra los administradores societarios	43
10. Conclusiones	47
11. Bibliografía	50
11.1 Legislación	50
11.2 Jurisprudencia	50
11.2.1 JUZGADO DE LO MERCANTIL Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.....	50
11.2.2 AUDIENCIA PROVINCIAL.....	51
11.2.3 TRIBUNAL SUPREMO.....	52
11.3 Obras doctrinales.....	54

1. Listado de abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
Dir.	Director
LC/L. Co.	Ley Concursal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
P./PP.	Página/páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
Secc.	Sección
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

2. Introducción

Pese a sus pocos años de vida, la Ley Concursal ha sido objeto de diversas reformas desde su promulgación en el año 2003. En concreto, una de las figuras concursales cuya regulación se ha visto modificada en varias ocasiones es la responsabilidad concursal, enmarcada como un pronunciamiento potestativo del juez en la sentencia de calificación. Se incluyó por primera vez en la Ley Concursal de 2003 en el art. 172.3, recordando en cierta medida a una acción prevista en el Derecho concursal francés, si bien, desde un principio, su ambigua y enigmática regulación invitó a la controversia sobre su configuración y aspectos dentro de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente, en lo que concierne a su naturaleza o calificación. Las sucesivas modificaciones tendieron a abordar tales debates y a resolver la cuestión de su naturaleza, separando a la responsabilidad concursal del resto de pronunciamientos de la sentencia de calificación y dedicándole su propio artículo: el art. 172 *bis*. Pese a las reformas, las interpretaciones no han sido unívocas, decantándose unas por el carácter sancionador de la responsabilidad concursal y otras por su carácter resarcitorio, siendo relevantes las consecuencias que en la práctica supone aplicar uno u otro carácter.

El interés en resolver esta polémica radica en la corpulenta intensidad de esta responsabilidad, pues, en virtud de ella, el juez puede imponer la cobertura de la totalidad de los créditos no satisfechos con la liquidación a, entre otros, los administradores, sobre los cuales ya recae un régimen de responsabilidad en el Derecho societario, con el cual la responsabilidad concursal ha de coordinarse necesariamente. Asimismo, de la naturaleza dependerán los presupuestos que el juez debe escudriñar y esgrimir para fundamentar la condena a la cobertura de los créditos fallidos, así como su cuantía y los sujetos condenables, pues, en caso de no probarse tales presupuestos, los administradores y demás condenados quedarán exonerados de la totalidad del déficit concursal.

Con el fin de entender la regulación actual de la responsabilidad concursal, se examinan las sucesivas previsiones y reformas y sus consecuencias en los aspectos troncales de la figura, atendiendo a las interpretaciones por parte de los tribunales a raíz de cada cambio legislativo. También se relaciona la responsabilidad concursal con la regulación de la sección de calificación en la que se encaja y con algunas previsiones del Derecho societario con las que se conecta. Gracias a esta visión global e integral, se

pretende hacer un análisis crítico de las decisiones del legislador y de los tribunales a fin de arrojar luz sobre la caracterización de la responsabilidad concursal.

3. Consideraciones preliminares

3.1 *El concurso culpable*

Antes de entrar a examinar la responsabilidad concursal de los administradores sociales y su problemática, es necesario entender el marco dentro del cual esta se desenvuelve y uno de sus presupuestos: el concurso culpable, en tanto que es la sentencia de calificación que declara el concurso como culpable la que puede condenar a los administradores (y a otros sujetos concretos) a cubrir el déficit concursal sufrido por los acreedores en su totalidad o parcialmente.

El inicio de la calificación de concurso culpable viene dado por la formación de la sección sexta, configurándose un procedimiento tendente a indagar las causas desencadenantes de la declaración del concurso y los sujetos responsables de tales causas. Aunque la LC prescribe en su artículo 163.2, en términos generales, que el concurso se calificará como fortuito o como culpable, la sección de calificación no es obligatoria, ya que no se ordena formar en todo caso. Esta sección sexta se forma a raíz de ciertas circunstancias tasadas: la apertura de la fase de liquidación (directamente o como consecuencia del incumplimiento del convenio) o, habiendo convenio, si este fija una quita superior al tercio del importe total de los créditos o una espera superior a los tres años para todos los acreedores (art. 163.1). En suma, si el convenio es la solución concursal, el legislador renuncia a la comprobación de la responsabilidad en la generación y agravación del deudor y otros sujetos (entre ellos los administradores), salvo en el caso del conocido como convenio “gravoso”, en el cual se entiende que no se satisfacen los créditos de los acreedores razonablemente en tiempo y cuantía¹.

La sección sexta puede terminar bien porque se archive o bien por un pronunciamiento judicial. En este último caso, el juez de lo mercantil dictará una sentencia declarando el concurso como culpable o, de no darse los requisitos exigidos por la ley, es decir, por defecto, fortuito. La calificación de concurso culpable significa,

¹ FUENTES, R., “La calificación concursal en caso de convenio. Especial referencia a los supuestos de incumplimiento de convenio e insolvencia sobrevenida”, *Anuario de derecho concursal*, 2017, Nº. 42, p. 11.

con carácter general, que los administradores, u otros sujetos (los cuales se han ido ampliando con cada reforma de la LC, como se explica en el apartado 5), han agravado o causado la situación de insolvencia de forma dolosa o, al menos, gravemente culposa, excluyéndose entonces la simple negligencia. Aunque los presupuestos esenciales de la responsabilidad concursal recuerdan en cierta medida al proceso penal, esta calificación del concurso es estrictamente mercantil, por ello, solo tiene consecuencias en el plano civil, no vincula al juez de lo penal y no prejuzga la calificación penal, respecto de la cual solo es competente el orden penal (art. 163.2) a través del conocimiento de los delitos de insolvencias punibles. Así pues, la sentencia en la que el juez califique el concurso como culpable puede contener o no, al ser potestativo del juez, la condena de ciertos sujetos (las “personas afectadas”) a abonar aquellos créditos que no se hubiesen podido satisfacer en la liquidación, de manera que la calificación del concurso como culpable no implica inexorablemente la condena del administrador y demás personas afectadas por la calificación². Es lo que se conoce como la responsabilidad concursal, sobre la cual versa este trabajo.

3.2 Causas o supuestos de calificación del concurso como culpable

La Ley llega a establecer tres vías, de forma escalonada³, para apreciar la culpabilidad del concurso. En primer lugar, la LC establece un principio general o cláusula general de culpabilidad, que viene a ser la situación general u ordinaria⁴ (164.1), la cual se verifica al concurrir tres requisitos: uno objetivo, consistente en la situación patrimonial de insolvencia, otro subjetivo, consistente en criterios de imputabilidad alternativos (dolo o culpa grave) y otro causal, consistente en la necesaria relación de causalidad entre la generación o agravación de la insolvencia y la acción u omisión realizada con dolo o culpa grave.

En segundo lugar, se prevé un catálogo cerrado de hechos tipificados como de concurso culpable (art. 164.2) por ser esa su “*naturaleza intrínseca*” (apartado séptimo de la Exposición de Motivos de la LC). Vienen a ser supuestos especiales de culpabilidad por ser gravemente reprochables y los más habituales en la práctica. En

² Véase la STS de 16 de julio de 2012.

³ Véase la SAP de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008.

⁴ ARROYO, I. y MORRAL, R., “La calificación del concurso”, *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, 2014, pp. 171-172.

contraposición con la vía anterior, por esta basta que se verifique la concurrencia de cualquiera de estos hechos para que el juez declare el concurso como culpable, con independencia de que mediara o no dolo o culpa grave y de que se hubiera originado o agravado la situación de insolvencia o no⁵. Por tanto, se obvian los elementos objetivos, subjetivos y causales expuestos, que en la práctica pueden darse o no en el supuesto de hecho. Constituyen, pues, presunciones *iuris et de iure* que “*amparan todos y cada uno los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable*”⁶. Estos hechos vienen a constituir infracciones de deberes empresariales de particular trascendencia, señalando el Tribunal Supremo que se trata de conductas de mera actividad⁷: la llevanza de la contabilidad, la obligación de comunicar e informar al juez (que incumple si presenta documentos falsos o inexactos en la solicitud del concurso), el incumplimiento del convenio o la realización de actos que sean perjudiciales para el patrimonio concursado (en concreto, alzamiento de bienes, vacío fraudulento de bienes y simulaciones).

Por último, se recogen presunciones *iuris tantum* de culpabilidad del concurso, salvo prueba en contrario (art. 165). Hasta la reforma de la LC por la Ley 9/2015, constituyeron meras presunciones del elemento subjetivo: dolo o culpa grave, entendiendo la jurisprudencia que tales presunciones solo se referían al elemento subjetivo y no al resto de requisitos que exige regularmente la LC⁸, debiéndose, además, probar la relación de causalidad entre dichas conductas enunciadas por la LC y la generación o agravación de la insolvencia⁹. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretaba que la LC preveía una doble vía¹⁰, en vez de una triple,

⁵ Véase la STS de 16 de enero de 2012 (Fundamento de Derecho Segundo).

⁶ Véase la SJM núm. 5 de Madrid de 16 febrero de 2006. El Tribunal Supremo también lo confirma, por ejemplo, en su sentencia de 6 de octubre de 2011 al decir que la calificación es ajena a la producción de la generación o agravación de la insolvencia y solo depende de la realización de alguna de las conductas que enumera el art. 164.2.

⁷ Véase las SSTS de 16 de enero de 2012 y de 6 de octubre de 2011, que establecen: “*Este mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso [...], cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos ", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno - varios - de mera actividad, respecto de aquella consecuencia*”

⁸ Véase la SJM núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006.

⁹ Véase la SAP Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008.

¹⁰ Véase las SSTS de 16 de enero de 2012 y de 17 de noviembre de 2011, que establecen que: “*(e)l art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o*

para que el concurso se calificara como culpable, al entender que las presunciones del dolo o culpa del art. 165 eran en realidad complementarias a la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 en lo que respecta a la prueba del elemento subjetivo. Aunque consideramos que la literalidad del precepto era clara en lo que respecta a la limitación de tales presunciones sobre el dolo o culpa grave, eventualmente el Tribunal Supremo cambió de postura extendiendo los efectos de la presunción a “*la incidencia causal en la insolvencia*” de las conductas descritas, por lo cual es el calificado el que debe justificar que la conducta objeto de la presunción no ha causado ni agravado la insolvencia¹¹. Así pues, a nuestro parecer, la tercera vía vuelve a quedar abierta con la nueva redacción del art. 165, al recoger estas presunciones sobre los tres elementos del concurso culpable comentados¹², convirtiéndose entonces en un sistema de presunciones mellizo del art. 164.2, si bien se diferencian en que el primero admite prueba en contrario y el segundo no. De hecho, consideramos que, a efectos de sistematización y orden interno, tendría más sentido que las presunciones del art. 165 aparecieran en la LC como un tercer párrafo del art. 164 o que se dedicara un mismo precepto para el art. 164.2 y el 165, dado el parentesco que ambos comparten. Respecto al cambio de redacción, creemos que es posible que el legislador viera oportuno encajar la nueva interpretación del Tribunal Supremo en la LC o, dada la dificultad para probar el nexo causal de tales conductas, decidiera potenciar la utilidad práctica de estas presunciones. Sea por una u otra razón, consideramos que se trata de un cambio acertado en aras de tutelar la seguridad jurídica y la condena de conductas gravemente reprochables en el tráfico.

La relación de causalidad tiene una materialidad distinta según la vía a la que se recurra. En el caso general del art. 164.1 se exige, para entender el concurso como culpable, que concurra el nexo causal entre la actuación y la generación o agravación del estado de insolvencia, nexo que ha de ser probado en el supuesto de hecho. En cambio, en el caso de las presunciones *iuris et de iure* del art. 164.2 y de las

agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable”.

¹¹ Véase las SSTs de 7 de mayo de 2015 (Fundamento de Derecho Séptimo) y de 17 de septiembre de 2015 (Fundamento de Derecho Tercero).

¹² Véase la SAP de Barcelona (Sec. 5ª) de 5 de enero de 2015 y la SJM núm. 6 de Madrid de 13 de diciembre de 2017. Esta última afirma: “*las presunciones del Art. 165 L.Co. son " iuris tantum ", admitiendo prueba en contrario, presumiendo la concurrencia del presupuesto o elemento subjetivo (dolo o culpa grave) en la causación o agravación de la insolvencia, sin que sea necesario acreditar la relación de causalidad”.*

presunciones *iuris tantum* del art. 165, la LC establece un nexo causal *ex lege* entre la conducta que exponen y el déficit patrimonial, sin que sea necesario una prueba de ello, pues el nexo existe en tanto que así lo determina implícitamente la LC. De lo anterior, se deduce que la calificación del concurso como culpable ya contiene, por sí sola, la determinación de la relación de causalidad entre la conducta y la generación o agravación de la situación de insolvencia¹³. Esta argumentación podría explicar por qué la regulación original de la responsabilidad concursal excluyó hacer referencia al requisito del nexo causal, rechazándose las enmiendas que solicitaban su incorporación al precepto 172.3.

Independientemente de cuál sea la vía por la que se concluya la culpabilidad del concurso, la sentencia que así se pronuncie deberá, además, contener una serie de pronunciamientos como consecuencia necesaria de la calificación de culpabilidad, algunos de los cuales recuerdan en cierta medida a una sentencia propia del ámbito penal. Se deben identificar las personas afectadas por la calificación y sus cómplices, así como los distintos efectos personales y patrimoniales que podrán establecerse, a saber: la inhabilitación temporal para administrar bienes ajenos o representar a cualquier sujeto en el tráfico mercantil, la pérdida de derechos como acreedores, la restitución de bienes obtenidos indebidamente del patrimonio concursado y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios (art. 172). Adicionalmente, el juez podrá condenar a la cobertura del déficit patrimonial que sufren los acreedores (actualmente en el art. 172 *bis* pero originalmente también en el art. 172), que es lo que se conoce como “responsabilidad concursal”, en cuya problemática ahondamos a continuación.

4. Presupuestos de la responsabilidad concursal

La responsabilidad concursal se reserva para aquellos casos de mayor gravedad¹⁴. Para ello, el art. 172 *bis*, que actualmente la regula, requiere de la concurrencia de tres requisitos o presupuestos¹⁵, sin los cuales no cabe imponer la condena aparejada a dicha responsabilidad.

¹³ Véase la SAP de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008 (Fundamento de Derecho Octavo).

¹⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A., “La calificación del concurso y responsabilidad derivadas”, *Jurisprudencia y concurso*, [GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.)], Valencia, 2017, pp. 1398-1399.

¹⁵ BLASCO, F., *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, p.82.

El primero de ellos, de índole sustantivo, lo constituye la calificación del concurso como culpable (teniendo en cuenta las causas o supuestos de calificación del concurso culpable ya comentados) y, simultáneamente, la formación o reapertura de la sección sexta como consecuencia de que la fase de liquidación se haya abierto. Por tanto, la responsabilidad concursal no opera en el caso de que se acuerde un convenio y logre ejecutarse, por muy gravoso que resulte este para los acreedores y aunque se haya generado o agravado la situación de insolvencia y se haya calificado el concurso como culpable¹⁶. Esta exclusión de los supuestos de convenio resulta lógica, ya que el importe de los créditos que no se satisface responde a la propia renuncia parcial de los acreedores a sus derechos. Distinto sería que el convenio se frustrara, en cuyo caso, se abriría la fase de liquidación, pudiendo dar pie al supuesto del art. 172 *bis*.

El requisito de índole subjetiva consiste en que la responsabilidad concursal solo puede recaer sobre aquellas personas declaradas afectadas por la calificación, es decir, los administradores, liquidadores (tanto de derecho como de hecho) o apoderados generales de la persona jurídica concursada o, finalmente, los socios que se hayan negado, sin causa razonable, a capitalizar los créditos o a emitir valores o instrumentos convertibles en el marco de un acuerdo preconcursal. Respecto a dicha afección se establece un límite temporal para todos los sujetos enumerados (a excepción de los socios), en tanto que solo podrán estar afectos (y, por tanto, se les podrá atribuir responsabilidad concursal) de haber ocupado el cargo dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Cuestión más espinosa ha sido la de los administradores y liquidadores de hecho, como se comenta en el apartado 5.1.

Por último, se exige un requisito cuantitativo, el cual se identifica con el hecho de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer los créditos concursales una vez concluida la liquidación. Precisamente, la condena máxima que el juez puede imponer es el importe de los créditos no satisfechos tras la solución liquidatoria. Este requisito cuantitativo justifica que la responsabilidad concursal solo pueda imponerse una vez abierta la fase de liquidación, en tanto que es esta la que pone de manifiesto la existencia de un déficit concursal.

¹⁶ MARÍN, F., “Artículo 172 bis”, *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR, J. (Dir.)], Madrid, 2016, pp. 1841-1842

5. **Ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal**

Aunque este trabajo se centra en la figura del administrador concursal, no es el único que puede verse afectado por la responsabilidad concursal en virtud del art. 172 *bis*, de manera que entender la elección por parte el legislador de ciertos sujetos condenables puede facilitarnos la tarea de interpretar la figura de la responsabilidad concursal. De hecho, el ámbito subjetivo del precepto se ha visto envuelto en una constante evolución a través de las distintas reformas de la LC. En un primer momento, el texto original de 2003 señalaba como sujetos condenables a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se calificara como culpable o los que hubiesen ostentado el cargo en los dos años anteriores al auto por el que se declara el concurso.

Posteriormente, con la reforma efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tanto el art. 172.2.1º como el nuevo art. 172 *bis*, amplían el tipo de sujetos que pueden ser condenados a la cobertura del déficit, concretamente (además de los administradores y liquidadores), los apoderados generales, haciendo hincapié en el hecho de que la condena puede recaer sobre todos o solo algunos de los sujetos que enumera el artículo. También el art. 172 *bis* aclara que la responsabilidad concursal recaerá sobre los administradores, liquidadores o apoderados generales que hubieran sido declarados como personas afectadas por la calificación. Sin embargo, este cambio resulta técnicamente deficiente, puesto que no se hace mención a los apoderados generales ni en el art. 164 (que recoge la cláusula general de concurso culpable y las presunciones *iuris et de iure*) ni en el art. 165 (que enuncia las presunciones *iuris tantum*), con lo cual la norma, literalmente, preveía que la conducta de los apoderados generales no podía conducir a la calificación del concurso como culpable y, sin embargo, la responsabilidad concursal (la cual exige que el concurso se califique de culpable) sí podía recaer sobre dichos apoderados generales.

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, también alteró el ámbito subjetivo del concurso culpable. Para ello, modificó los arts. 165 (añadiendo su cuarto apartado), 172 y 172 *bis* para encajar un cuarto tipo de responsable concursal, los socios, y en un supuesto muy concreto: en el caso de que estos se hubiesen negado, sin causa razonable, a capitalizar créditos o a emitir valores o instrumentos convertibles, señalándose que se debe tener en cuenta qué peso han tenido en alcanzar la mayoría necesaria para rechazar el acuerdo. De forma paralela, el Real Decreto-ley añadió en el art. 165 esta negativa,

sin causa razonable, de los socios a capitalizar créditos o emitir valores o instrumentos convertibles como una cuarta presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave. El art. 164.1 también se modificó para incluir a los apoderados generales (corrigiendo la deficiencia que comentábamos), la limitación temporal de dos años desde la declaración del concurso para estar afectado por el concurso culpable y, para poner fin a la discusión sobre si los administradores de hecho son culpables en lugar de los administradores de derecho o viceversa, sustituyó la conjunción “o” por “y”, quedando tal que así: “de hecho y de derecho”¹⁷.

Al incluir a los socios en el ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal, se pretendía prevenir que los mismos (sin importar su condición de socio mayoritario o de minoritario) pudieran bloquear ciertas medidas preconcursales para evitar la declaración de concurso, como una capitalización de deuda o la emisión de valores o instrumentos convertibles, las cuales podrían ayudar a sanear las deudas del patrimonio societario, sin incurrir por ello en ningún tipo de responsabilidad¹⁸. También hay que tener en cuenta que el preámbulo del Real Decreto-ley 4/2014 menciona que la mayoría de concursos en España concluyen en la liquidación del deudor (siendo el convenio el fin deseable en todo concurso y no la liquidación) y que, por tanto, “*la fase preconcursal resulta verdaderamente determinante para la reestructuración financiera de las empresas*”. Se recalca entonces la importancia del principio de conservación de la empresa a partir de su viabilidad pese a la situación de crisis. En este sentido, si pesa sobre el socio la “amenaza” de responder con su patrimonio personal por los créditos fallidos (y no solo con el valor de su aportación a la sociedad), es más probable que haga todo lo que esté a su alcance por evitar que se llegue a la apertura de la liquidación, uno de los presupuestos de la responsabilidad concursal. No obstante, es criticable que la negativa de ampliar el capital o de emitir valores pueda generar o agravar la situación de insolvencia (como exige el inciso final de art 172 *bis*, como se pasa a comentar en el apartado 8.3), pues más bien se dificulta o se impide la superación de la situación, ya existente, de insolvencia. La frustración del acuerdo debería, entonces, agravar esa situación previa de insolvencia¹⁹. A la vista del carácter sancionador de la fase de

¹⁷ Curiosamente, en la propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de 6 de marzo de 2017, vuelve a sustituirse la conjunción “y” por “o”, restableciendo la redacción original en este punto.

¹⁸ GARCÍA, D., “La última reforma de la Ley Concursal operada por el RD-Ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de Decreto-ley”, *RJUAM*, 2014, N°30, pp. 111 y 112.

¹⁹ RIBELLES, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2014, N° 22, pp. 220 y 221.

calificación, al incorporar a los socios como sujetos susceptibles de quedar afectos por la declaración de concurso culpable y, en su caso, de ser condenados a la cobertura total o parcial del déficit, se plantea una suerte de deber del socio consistente en la colaboración con los acreedores para aprobar y realizar los acuerdos de reestructuración, a modo de excepción de la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales²⁰.

Finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, modifica el art. 165 (afectando, en consecuencia, al art. 172 *bis*), el cual pasa de enunciar “presunciones de dolo o culpa grave” a “presunciones de culpabilidad en general”, con las implicaciones ya comentadas en el apartado anterior. Asimismo, en vez de enumerar las cuatro presunciones como imputables, en general, al deudor, su representante legal, administradores o liquidadores, determina que las tres primeras presunciones solo se pueden atribuir a unos determinados sujetos y la cuarta a otros, previendo por primera vez al socio entre los sujetos sobre los que se puede presumir la culpabilidad del concurso. Así pues, en su primer apartado, se refiere a las diferentes presunciones de culpabilidad que pueden imputarse al deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores, están son: el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, de comunicar e informar al juez y a la administración concursal, de no asistir a la junta de acreedores (frustrando con ello la adopción del convenio) o de llevar la contabilidad, todas ellas obligaciones que recoge la LSC o la LC. En su segundo apartado, se refiere exclusivamente a los administradores y socios como culpables presuntos y en un único supuesto: en el caso de negarse sin causa razonable a capitalizar créditos o emitir valores o instrumentos convertibles, frustrando con ello la adopción de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos. Se trataría entonces de un deber de los administradores y socios de reconocer la crisis de forma precoz y de adoptar medidas tendentes a sanearla²¹. A nuestro parecer, esta diferenciación en la atribución según el sujeto cobra más sentido y refleja una técnica legislativa más depurada que la formulación genérica, en tanto que unas conductas son deberes propios y esperables de ciertos individuos y otras no. Por ejemplo, en este último caso de la capitalización y emisión son responsables los socios y/o administradores por el ámbito competencial propio de estas medidas en Derecho de Sociedades, correspondiendo a la junta general de socios la deliberación y acuerdo del

²⁰ MARÍN, F., pp. 1838-1839

²¹ MARÍN, F., pp. 1843-1844

aumento del capital social (art. 160 LSC), pudiendo delegarse esta facultad, con ciertos límites, a los administradores (art. 297 LSC).

De lo anterior se puede deducir que los sujetos sobre los que puede recaer la responsabilidad concursal se hallan en una situación crucial para la correcta marcha de la actividad de la empresa, la cual dependerá de la conducta de aquellos y del incumplimiento de los deberes propios de su cargo (si bien, en el caso de los socios, no se puede hablar estrictamente de un deber legal). Aunque es cierto que su actuación, dada su posición en relación con la empresa concursada, puede causar daños a los acreedores (lo cual auxilia a la tesis resarcitoria de la responsabilidad concursal), la realización de las conductas previstas en los arts. 164.2 y 165, las cuales suponen el incumplimiento de deberes por parte de tales sujetos, que no generen ni agraven el fallido concursal revisten de una gravedad tal que exigen que sean sancionadas por el juez atendiendo a ciertos criterios, en línea con la tesis sancionadora.

Asimismo, llama la atención que, a lo largo de todas estas reformas, no se haya alterado la exclusión de los cómplices del ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal, empero pudiendo pesar sobre ellos otras consecuencias previstas en el art. 172: la pérdida de derechos, la devolución de bienes e incluso una indemnización por daños y perjuicios. De hecho, consideramos que, si la responsabilidad concursal tuviera verdaderamente un carácter resarcitorio, lo lógico sería que esta también pudiera recaer sobre los cómplices, en tanto que así se fomentaría la finalidad de la indemnización: ampliar el patrimonio susceptible de ser atacado para satisfacer los créditos concursales. En cambio, se ha excluido a los cómplices en todas las reformas, lo que puede ser corolario lógico del carácter sancionador de la responsabilidad concursal, la cual solo condena actuaciones graves de ciertos sujetos que se hallan en una posición relevante e influyente en la situación de insolvencia: administradores, liquidadores, apoderados generales y socios.

5.1 Consideraciones sobre el administrador de hecho

Si la responsabilidad en el ámbito societario se extendió a los administradores de hecho, era esperable que lo mismo sucediera en el ámbito concursal, puesto que se trata de un fenómeno indeseable en el que no coincide el nombramiento formal con la titularidad real del poder de decisión, de forma que la responsabilidad puede fomentar la

prevención de tal fenómeno²². En ese sentido, desde sus inicios, el art. 172.3 preveía la responsabilidad concursal tanto para los administradores de hecho como los de derecho, equiparando su tratamiento legal, y así se ha mantenido en posteriores reformas del artículo, sin más alteración que la conjunción “y” u “o”, como ya se ha comentado. La inclusión de esta figura es lógica y razonable, en tanto que se trata de personas que efectivamente realizan actos de control y de gestión y que, por tanto, pueden generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad con su conducta²³. No obstante, la referencia en la LC no se ha acompañado de ninguna definición ni de criterios que faciliten la labor del juez a la hora de determinar quién puede ser considerado administrador (o liquidador) de hecho, con lo cual el juez puede quedar a merced de testimonios falsos e interesados a la hora de valorar si un individuo puede considerarse administrador de hecho y si, eventualmente, puede ser condenado a la cobertura del déficit.

Si bien en el ámbito concursal no existe como tal una definición legal del administrador de hecho, en el ámbito societario la LSC lo define en el art. 236.3 como aquel que da instrucciones de actuación a los administradores de la sociedad o que realiza las funciones propias de administrador sin título válido. Adicionalmente, podemos tener en cuenta los pronunciamientos al respecto por parte de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de qué se entiende por administrador de hecho en distintas sentencias en el marco del Derecho de Sociedades²⁴:

(Q)uienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.

De hecho, en el marco del Derecho Concursal, la Sala hizo también referencia a esta definición en su sentencia de 22 de julio de 2015 (Fundamento Decimosexto), recordando algunos caracteres del administrador de hecho, principalmente, que se trata de un concepto que presupone la falta de nombramiento formal de administrador

²² GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1390.

²³ VEIGA, A., y MARTÍNEZ M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2018, Nº28, p. 34.

²⁴ Véase las SSTs de 14 de marzo de 2007, de 8 de febrero de 2008, de 4 de febrero de 2009, de 14 de abril de 2009 y de 4 de diciembre de 2012 (Fundamento de Derecho Sexto).

(elemento negativo) y que se articula en torno a tres caracteres: debe realizar actos de gestión propios de un administrador societario, de forma continuada y sistemática y con independencia, aunque con respaldo de la sociedad. También recalca que el administrador de hecho puede ser, en el mismo sentido que se pronuncia la LSC, aquel que actúa a través de un administrador de hecho o testaferro (administrador de hecho oculto) o aquel administrador de hecho que actúa frente a terceros (administrador de hecho aparente y notorio)²⁵. Resulta lógica la inclusión de estas dos modalidades bajo el paraguas del administrador de hecho y susceptibles de la condena a la cobertura del déficit concursal, en tanto que se puede sancionar al administrador oculto por tratar de eludir la aplicación de las normas sobre responsabilidad que atañen a todo administrador al ejercer sus funciones y al notorio en aras de tutelar la apariencia creada por aquel en el tráfico²⁶.

La posibilidad de concurrencia de administradores de hecho y de derecho es frecuente y, por ello, también ha sido examinada e interpretada por los tribunales. En su sentencia 4 de diciembre de 2012 (Fundamento de Derecho Sexto), el Tribunal Supremo señaló que la regla general, en estos casos de coexistencia, viene a ser que es el administrador de derecho el que responde de los daños causados por la administración lesiva, especialmente si se prueba que la designación del administrador de derecho pretendía “*eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento*” pues “*al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad*”, o cuando se trata de una conducta lesiva que solo puede llevarse a cabo formalmente por el administrador de derecho y no por el de hecho (por ejemplo, la aprobación de cuentas). Consideramos que esta regla resulta acertada en el sentido de que el administrador de derecho siempre puede obviar la voluntad del administrador de hecho y adoptar sus propias decisiones y, en el caso de que el administrador de hecho haya sido investido con un apoderamiento voluntario, dicho poder es revocable en cualquier momento por el administrador de derecho. En suma, la razón por la que responde el administrador de derecho, pese a tratarse de una conducta del administrador de hecho en sentido estricto, radica en que constituye una inobservancia de su deber de diligencia

²⁵ RECAMÁN, E., *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Pamplona, 2016, p. 335.

²⁶ MARÍN, F., p. 1855.

(art. 225 LSC), deber que se sustancia en una responsabilidad “*in eligendo*” e “*in vigilando*” en cuanto a sus relaciones con el administrador de hecho²⁷.

No obstante, se plantea el problema de aquellos supuestos en los que el administrador de hecho carece de los requisitos formales necesarios para cumplir los deberes propios del administrador, al contrario de lo que sucede con el administrador, por ejemplo, en el caso del deber de instar la declaración de concurso de la sociedad (art. 5 LC). El Tribunal Supremo entiende que en tales casos pueden ser responsables tanto el administrador de hecho oculto (si el de derecho es un mero testafarro) como el administrador de derecho que no ha cumplido un deber legal grave, salvo que pruebe que lo intentó y que el administrador de hecho se lo impidió²⁸. Consideramos que este criterio jurisprudencial es de gran calado en el ámbito concursal, pues la figura del administrador de hecho presenta dificultades respecto de algunas conductas que activan las presunciones de concurso culpable, en tanto que solo pueden realizarlas los administradores de derecho, careciendo entonces el administrador de hecho de capacidad jurídica para ejecutarlas²⁹. Por tanto, de acuerdo a la sentencia citada, es posible que el administrador de hecho (y, simultáneamente, el de derecho) sea afectado por la calificación culpable del concurso a raíz de las presunciones y, en consecuencia, sea responsable de la cobertura del déficit, pivotando la argumentación en torno al incumplimiento de deberes que atañe a todo administrador.

6. Criterio de imputación

Aun cumpliéndose todos los requisitos expuestos de la LC, el art. 172 *bis* señala que el juez “podrá” condenar a todos o a algunos de los administradores (y demás calificados) y que la condena, en su caso, podrá imponerse por la totalidad o por una parte de los créditos fallidos, siendo el importe total del déficit patrimonial el límite máximo que le marca la LC³⁰. Al interpretar ese “podrá”, la jurisprudencia entiende que se refiere al hecho de que la responsabilidad concursal no es una condena necesaria de todo concurso culpable, quedando la condena al arbitrio del juez y para aquellos

²⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1390.

²⁸ Véase la STS de 22 de julio de 2015 (Fundamento de Derecho Decimosexto).

²⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1391. RECAMÁN, E., *op. cit.*, p. 349.

³⁰ MORALES, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Valencia, 2013, p. 291.

supuestos en los que las circunstancias revelen una mayor gravedad³¹, debiéndose motivar la condena suficientemente³². Para ello, los criterios graduadores de tal condena son plurales y abiertos³³, debiéndose estos adecuar a las circunstancias por las que se calificara el concurso como culpable e, individualmente, a la conducta de cada administrador (último párrafo del art. 172 *bis*.1).

De hecho, uno de los rasgos de la responsabilidad concursal frente a los pronunciamientos personales y patrimoniales del art. 172 es que aquel no es un pronunciamiento automático de la sentencia de calificación, sino que dicha sentencia es condición necesaria y no suficiente para condenar, exigiéndose una justificación añadida, en base a las circunstancias concurrentes en el concreto concurso culpable, por parte del juez para su imposición³⁴. Consideramos que esta diferenciación es una prueba más del acierto del legislador al separar la regulación de la responsabilidad concursal del resto de pronunciamientos anudados a la sentencia de calificación.

¿Y en qué puede consistir dicha justificación añadida? En un principio, la LC (art. 172.3) no recogía ningún criterio en el que el juez debiera basarse para imponer y graduar la condena, lo cual significaba concederle un amplio margen de discrecionalidad. Aunque es habitual que la LC deje un margen de decisión al juez en muchos aspectos, consideramos que la ausencia de criterios legales en este punto es muy criticable, pues es fuente de inseguridad jurídica, deja al posible responsable sin posibilidad de defensa, pudiendo ser condenado al pago de altas cuantías (que son precisamente las que suelen llevar a la imposibilidad de convenio y a la eventual liquidación, sin masa activa suficiente que cubra los créditos) y hace depender la cuantía de la condena del juez de turno aun tratándose de los mismos hechos³⁵. Así, los jueces, en su labor de intérpretes, atendían a unos u otros criterios al condenar las conductas. Por ejemplo, los tribunales que optaban por la tesis resarcitoria de la responsabilidad entendían que tales criterios no podrían ser otros más que la participación del condenado en la generación o agravación de la insolvencia, es decir, el criterio de

³¹ Véase la STS de 14 de noviembre de 2012.

³² Véase la STS de 20 de junio de 2012.

³³ Véase la SAP de Barcelona (Sec. 15) de 23 de abril de 2012.

³⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, pp. 1400-1402. Véase también la STS de 6 de octubre de 2011.

³⁵ Véase la SJM de Oviedo de 27 de junio de 2016, la cual señala que desde 2007 recurre a un porcentaje en función de la gravedad de la conducta, dividiendo las conductas de los arts. 164 y 165 en tres grupos en función de su gravedad abstracta y atribuyendo a las de extrema gravedad una condena de entre el 75% y 100% del déficit, al siguiente grupo de entre el 30% y 75% y al último de menos del 30%.

causalidad³⁶, mientras que los tribunales defensores de la responsabilidad-sanción, acudían al grado de participación en la causación o agravación de la insolvencia, al grado de culpabilidad, la gravedad de la conducta y el número de conductas realizadas³⁷.

La Ley 38/2011, que reforma la LC, ofreció un parámetro para determinar la cuantía correspondiente a un responsable: la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso (inciso final del art. 172 *bis*.1). Precisamente, entre los criterios que el Tribunal Supremo había señalado reiteradamente para determinar la cuantía de la condena, encontramos dicho parámetro (grado de participación) y, adicionalmente, la gravedad objetiva de la conducta³⁸, “*entendida como gravedad "abstracta" y no como su "concreto" reflejo en la generación o agravación de la insolvencia*”³⁹. Ambos criterios resultan, a nuestro parecer, razonables y en conexión con la regulación de la responsabilidad concursal, pues, las presunciones que dan pie a la responsabilidad concursal son ya de por sí conductas objetivamente graves como para constituir una presunción legal. En cambio, la relación de causalidad como criterio de imputación era descartada en tanto que “*conduciría a un reduccionismo del alcance de la norma poco compatible con la finalidad que ha perseguido el legislador*”⁴⁰.

Por eso mismo nos sorprende y mortifica el siguiente movimiento del legislador, el cual introduce con la reforma de 2014 una modulación cuantitativa en el art. 172 *bis*: “*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*”. Este inciso supone el abandono de los criterios de imputación seguidos por los tribunales (la gravedad objetiva) y la ardua tarea del juez de valorar, ya no la concurrencia de un nexo causal entre la insolvencia y la conducta dolosa y culpable, sino hasta qué punto dicha conducta ha contribuido a generar y/o agravar el estado de insolvencia, traduciéndolo en un importe monetario. Más allá de la dificultad de valoración, este añadido a la responsabilidad concursal resulta artificial y no casa con su restante regulación, puesto que si la responsabilidad concursal puede

³⁶ Véase la SJPI núm. 4 de Jaén de 21 de mayo de 2007 y la SAP de Barcelona (sec. 15) de 14 de septiembre de 2009.

³⁷ MORALES, J., *op. cit.*, p. 293.

³⁸ Véase la STS de 16 de julio de 2012.

³⁹ Véase la SJM de Oviedo de 27 de junio de 2016.

⁴⁰ MARTÍNEZ, M., “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, N° Extra 1, pp. 690-691.

derivar de alguna de las presunciones *iuris et de iure* del concurso culpable, es muy probable que el juez no logre ni tan siquiera probar el nexo causal, aún menos logrará determinar y evaluar la capacidad de la conducta para generar o agravar la insolvencia, con lo cual, en estas conductas de mera actividad la responsabilidad concursal, así modulada, no es factible de imponerse por parte del juez, dando lugar a muchos casos de verdaderos culpables saliendo indemnes del concurso. Si bien las razones de tal cambio legislativo nos son desconocidas, es palmario que desvirtúa la configuración en su conjunto de la responsabilidad concursal, como se explica en el apartado 8.3. Lo cual exige eliminar ese inciso final o acometer una profunda reforma de la responsabilidad concursal, así como de la sección de calificación, que permita su encaje. No obstante, esta segunda opción parece más un capricho por mantener la tesis sancionadora que una medida con sentido y fundamento. Así pues, vemos una de las grandes consecuencias de calificar la responsabilidad concursal como resarcitoria o sancionadora, puesto que de ello dependerán los criterios que los jueces empleen para imponer y graduar la condena a la cobertura del déficit concursal.

7. Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal

Las deficientes técnica y política jurídicas han conducido a diversas interpretaciones sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal, provocando la división dentro de la doctrina y de la jurisprudencia (como se analiza en el siguiente apartado). Estas deficiencias son criticables, en tanto que los efectos que surgen de la calificación del concurso como culpable constituyen una materia sensible y relevante.

Ya en sus inicios, consideramos que el art. 172.3 LC adolecía de defectos que desembocaron en dudas acerca de la naturaleza y de los caracteres de la responsabilidad jurídica, la determinación de los beneficiarios de la indemnización, así como de los parámetros para calcular dicha indemnización. Se criticó, entre otras cosas, que se limitara la responsabilidad concursal a los concursos culpables que terminaran en liquidación y a los administradores y liquidadores de los últimos dos años (mientras que en otros ordenamientos, como en el Derecho francés, no existe esta limitación), que se excluya el carácter solidario de la responsabilidad (lo cual sí se admite en el Derecho

francés) o la extrema libertad que se concede al juez para apreciar la responsabilidad y el cálculo de la indemnización, sin establecer la LC criterios para ello⁴¹.

Centrándonos en la naturaleza de la responsabilidad concursal, parece que su caracterización jurídica depende, en líneas generales, de en qué consiste su función. La conducta que genera o agrava la situación de insolvencia causa un daño a la sociedad y, por ende, a los acreedores pero, simultáneamente, supone el incumplimiento de deberes generales de comportamiento, tal y como hemos deducido en el apartado 5. Por tanto, la función de la responsabilidad concursal puede ser exclusivamente, o al menos prioritariamente, sancionar a los responsables por el incumplimiento de sus deberes (calificándose entonces como responsabilidad-sanción) o, adicional y principalmente, resarcir los daños causados con su conducta (calificándose entonces como responsabilidad-indemnización)⁴². La línea entre ambas posibilidades es delgada, pues todo supuesto de responsabilidad surge de un incumplimiento o infracción, con lo cual siempre existe, en cierta medida, un fundamento sancionador. No obstante, si ahondamos en esta franja gris, la responsabilidad concursal se enmarca en la pieza de calificación, de naturaleza indubitadamente sancionadora, lo cual, a nuestro parecer, justificaría *a priori* que la responsabilidad respondiera de esa misma naturaleza, centrándose en la sanción de ciertas conductas por ciertos sujetos.

Así pues, desde la primera redacción de la LC, la doctrina se ha suscrito en una u otra de dos grandes corrientes acerca de la naturaleza de la responsabilidad concursal: una responsabilidad entendida como sanción, de carácter punitivo o sancionador (incluso preventivo), o una responsabilidad entendida como indemnización civil por daños y perjuicios, de carácter resarcitorio o indemnizatorio. Ciertamente es que entre ambas corrientes existen posturas intermedias, más o menos confusas, pero que no han tenido su reflejo en la jurisprudencia, al contrario que las dos principales enunciadas.

La doctrina defensora de la responsabilidad concursal como responsabilidad-sanción (también llamada responsabilidad por deudas) entiende que dicha responsabilidad tiene como finalidad el cumplimiento de unas exigencias éticas mínimas y un deseo de

⁴¹ RONCERO, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2007, Nº 7, pp. 145-146. Aunque a día de hoy, el art. 172 *bis*, que regula la responsabilidad concursal, ofrece ciertos criterios, aun subsistiendo la discrecionalidad de los jueces al respecto.

⁴² RONCERO, A., *op. cit.*, p. 154.

moralización de las conductas mediante la represión de aquellas que, en relación con la generación o agravación de la situación de insolvencia, se pueden considerar más graves⁴³, independientemente de que con ello se cause o no un daño a la sociedad concursada y a los acreedores. Sostienen, entonces, que el fundamento de esta responsabilidad es puramente o, al menos, predominantemente sancionador⁴⁴, en tanto que su función es sancionar por el incumplimiento de un deber legal, sin perjuicio de que haya causado un daño o no o de su cuantía y, en el caso de que el daño se cause, la responsabilidad concursal no pretende repararlo. Compartimos esta postura en tanto que, aunque efectivamente el daño existe, consistente en el déficit concursal, no parece que la finalidad de la responsabilidad concursal sea repararlo, puesto que el juez puede condenar o no aun existiendo tal daño o incluso, si decide condenar, la LC permite que lo haga solo parcialmente. Por lo tanto, no existe una conexión entre responsabilidad y daño, son independientes entre sí, también en sentido contrario, pues que se cause un daño no implica la responsabilidad concursal, debiendo para ello mediar dolo o culpa grave y encontrarse en un supuesto de liquidación concursal.

Ahora bien, algunos defensores de la responsabilidad-sanción afirman que existe cierto vínculo entre la responsabilidad concursal y el daño causado a los acreedores que convierte la sanción en una “sanción original o impropia”, en el sentido de que esta también tiene, en cierta medida pero no de forma prioritaria, una función resarcitoria con respecto a los créditos insatisfechos⁴⁵. A tal consideración responde el cambio nominativo (tanto por la doctrina como por los tribunales) de responsabilidad-sanción a responsabilidad por deudas, expresando con ello que se trata de una sanción impropia que pretende principalmente la protección de los intereses particulares de los acreedores y, en menor medida, la protección de los intereses generales, pues, gracias a esta condena, los acreedores ven aumentadas sus posibilidades de cobro y de satisfacción de su crédito al crecer el número de deudores a los que pueden exigir el pago⁴⁶. Parece entonces que hay un cierto contacto entre Derecho Privado y Derecho Público. No obstante, tal consideración y cambio nominativo resulta un desatino, pues, como ya hemos comentado, a pesar de haber déficit concursal y, por extensión, daño a los

⁴³ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1412.

⁴⁴ RONCERO, A., *op. cit.*, p. 150.

⁴⁵ RONCERO, A., *op. cit.*, pp. 154-155.

⁴⁶ HERNANDO, J., “La responsabilidad concursal”, *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, [GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.)], Barcelona, 2013, pp. 141-142.

acreedores, el juez puede decidir no condena a la cobertura, lo que revela que la reparación a los acreedores es un mero corolario lógico de la condena y no su razón de ser. En cambio, de ser la responsabilidad resarcitoria, constituiría un disparate la concurrencia de créditos insatisfechos con la no condena por parte del juez, pues su finalidad no es otra que, de existir daño, repararlo en su totalidad y no parcialmente como permite la LC, dando tal facultad de decisión al juez.

Por otro lado, el silencio (que tradicionalmente se predicaba de la LC, aunque hoy en cierta medida también se puede predicar) sobre los criterios para graduar la responsabilidad concursal produce inseguridad jurídica y no es coherente con la estructura de una responsabilidad-sanción. Sin embargo, la doctrina entiende que, en todo caso, el criterio que permite al juez graduar la responsabilidad y, por tanto, modular la sanción, es el grado de culpa (dolo o culpa grave) con el que se genera o agrava la situación. Así pues, se exonerará a aquellos administradores cuya conducta no causara ni agravara la insolvencia o, pese a hacerlo, sea levemente culposa, siendo menor la condena del administrador que ha actuado con culpa grave que el que ha actuado con dolo⁴⁷. En cambio, si la responsabilidad fuera indemnizatoria, el grado de culpa sería irrelevante para reparar el daño, no sirviendo entonces como criterio para modular el alcance de la condena⁴⁸.

No obstante, la naturaleza de la responsabilidad no depende de que se exija o no un concreto grado de culpa, pues existen supuestos de responsabilidad resarcitoria que exigen un concreto grado de culpa y supuestos de responsabilidad sancionadora que no exigen un concreto grado de culpa. En realidad, la exigencia de culpa solo prueba que la responsabilidad es subjetiva. También la valoración individualizada de la conducta realizada por cada sujeto y, por tanto, la determinación individualizada de la responsabilidad de cada sujeto revela que la naturaleza de la responsabilidad es personal y subjetiva⁴⁹, aunque ello casa más con una responsabilidad-sanción⁵⁰. Si los defensores de la responsabilidad-sanción entienden que la condena se modula en función de la gravedad de las conductas que han conducido al concurso culpable y, dentro de esa gravedad, se atiende al grado de culpa, de contribución e incluso el resultado dañoso⁵¹,

⁴⁷ MORALES, J., *op. cit.*, p. 293

⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, pp. 1408-1409 y 1422. RONCERO, A., *op. cit.*, pp. 149 y 156.

⁴⁹ RONCERO, A., *op. cit.*, pp. 157 y 158.

⁵⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1408.

⁵¹ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1413.

los defensores de la responsabilidad-indemnización entienden que es necesario determinar en qué medida se ha generado o agravado la insolvencia y cuál ha sido la participación del condenado en ello⁵².

La doctrina que defiende la postura de la responsabilidad-indemnización (también llamada responsabilidad resarcitoria, indemnizatoria, por daños, por culpa y daño o culpabilística) entiende que la responsabilidad concursal busca resarcir el daño generado a la sociedad al crear o agravar su situación de insolvencia y, de forma derivativa, a los acreedores cuyos créditos no pueden pagarse íntegramente⁵³, independientemente de que también tenga una cierta función sancionadora de la actuación realizada y una función preventiva de futuros incumplimientos de deberes legales. Ciertamente, esta finalidad resarcitoria es coherente con la finalidad del propio concurso, esto es, satisfacer los créditos de los acreedores en un supuesto de insolvencia (segundo apartado de la Exposición de Motivos de la LC). Por lo tanto, según este sector doctrinal, la responsabilidad concursal existe en tanto que el daño causado a la sociedad impide que los créditos concursales se cubran en su totalidad, dañando a los acreedores, y en tanto que, adicionalmente, exista una relación de causalidad entre la especial culpa (dolosa o gravemente culpable) en la creación o agravación de la situación de insolvencia y el déficit concursal⁵⁴. No obstante, entendemos que, si verdaderamente se tratara de una responsabilidad resarcitoria tendente a reparar el daño causado, la condena se impondría solidariamente por el total de los créditos impagados, en cambio, se permite graduar el alcance de la condena y se individualiza respecto de cada sujeto, lo cual responde, más bien, a una finalidad sancionadora.

Por otro lado, si se exigen como presupuestos la concurrencia de un daño y la relación de causalidad entre este y la conducta de los responsables⁵⁵, se plantea la problemática de la ya verificada relación de causalidad que permite calificar el concurso como culpable, es decir, ¿se está exigiendo con la responsabilidad concursal un nexo causal distinto o se exige verificar dos veces la existencia del mismo nexo? Sea una u otra la respuesta, no parece que haya fundamento para ello. Además, si no se exige

⁵² RONCERO, A., *op. cit.*, p. 156. SANCHO, I., “Calificación del concurso”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles* [VILATA, S. (Dir.)], Madrid, 2005, pp. 206 y 208.

⁵³ SANCHO, I., *op. cit.* 204-205.

⁵⁴ HERNANDO, J., *op. cit.*, p. 94. SANCHO, I., *op. cit.* 209. SANCHO, I., *op. cit.* 207.

⁵⁵ Véase el AAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 6 de febrero de 2006 y la sentencia de la misma sección de 19 de marzo de 2007, que afirman la concurrencia del daño y de la culpa como presupuestos de la responsabilidad concursal. MORALES, J., *op. cit.*, 291. SANCHO, I., *op. cit.* 206.

probar el nexo causal para calificar el concurso como culpable (predicándose un nexo causal *ex lege*) para aquellas presunciones de los arts. 164.2 y 165, caracterizándose estas por la dificultad para probar su concurrencia, la responsabilidad resarcitoria entorpecería la labor judicial y podría llevar en tales casos a la indemnidad de verdaderos culpables de la insolvencia y transgresores de deberes relevantes, en tanto que es muy complicado probar la relación de causalidad. Entonces, consideramos que mientras que la responsabilidad resarcitoria no condenaría a sujetos que se encajen en las presunciones en tanto que no se pruebe la relación de causalidad, lo lógico sería sancionarles teniendo en cuenta la gravedad de su conducta transgresora de un deber legal, aunque no hayan generado o agravado la situación de insolvencia con su conducta, lo cual sí permite la responsabilidad-sanción.

Adicionalmente, la LC ya contempla en el art. 172.2.3º una indemnización por daños⁵⁶ como efecto propio e independiente del concurso culpable, la cual coincidiría en objeto, finalidad⁵⁷ y prácticamente en sujetos (aunque adicionalmente incluye a los cómplices) con la responsabilidad concursal de carácter resarcitorio. La primera resulta también una indemnización basada en el daño y en la culpa, debiéndose probar el nexo causal entre el daño y la conducta e incluso destinándose el importe de la condena a integrar la masa activa⁵⁸. Ello nos obliga a advertir la redundancia de la responsabilidad concursal resarcitoria, que incluso se ve limitada por los casos de liquidación y por el límite temporal de dos años respecto de ciertos sujetos, restricciones de las que carece la otra indemnización.

En suma, los argumentos a favor del carácter resarcitorio hacen aguas en los aspectos señalados, siendo la responsabilidad sancionadora más acorde con las previsiones legales y compatible con otros elementos de la LC, tales como el sistema de presunciones de concurso culpable y la indemnización por daños y perjuicios, lo que nos lleva a asumir esta segunda corriente como la más sensata y respetuosa con la LC. La jurisprudencia también ha basculado en torno a las dos corrientes en función de los cambios en el texto concursal, como pasamos a examinar a continuación.

⁵⁶ Si bien algunos defensores de la responsabilidad-indemnización afirman la compatibilidad entre el art. 172.2.3º y el 172.3 por limitarse esta primera al alzamiento de bienes o enajenaciones fraudulentas, tal limitación no es cierta, refiriéndose en general a aquellos actos por los que se genera o agrava el estado de insolvencia, causando daños y perjuicios al patrimonio del concursado. SANCHO, I., *op. cit.* 203.

⁵⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1422.

⁵⁸ SANCHO, I., *op. cit.* 203.

8. Relación entre la evolución de la naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal en la legislación y en la jurisprudencia

Antes de la entrada en vigor de la LC, no existía la posibilidad de condenar a los administradores o liquidadores al pago parcial o total de los créditos concursales que no se hubiesen podido satisfacer en la fase de liquidación. De hecho, la disposición transitoria tercera del Código Civil, relativa a la retroactividad, impide que el régimen de responsabilidad que introduce la LC se extienda sobre conductas de administradores que se hubiesen llevado a cabo antes de la entrada en vigor de la misma. Son varias las modificaciones experimentadas por la Ley Concursal en sus 15 cortos años de vida, algunas de las cuales afectaron de forma trascendental al carácter y elementos de la responsabilidad concursal, influyendo, a su vez, en la jurisprudencia de los tribunales, como pasamos a examinar a continuación, incluyendo un breve inciso relativo a la nueva redacción que a día de hoy se propone.

8.1 *Texto original de la LC 2003*

La LC agravó el régimen de responsabilidad de los administradores al establecer una nueva modalidad de responsabilidad en el marco del concurso de la sociedad. Así pues, en un primer momento, el texto original de la LC, en su art. 172.3, reguló la responsabilidad de los administradores o liquidadores, de derecho o hecho, o que hubiesen ostentado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso. De tal manera que el juez podía condenarles a la cobertura, total o parcial, de los créditos concursales que no se hubiesen podido pagar con la liquidación cuando el concurso era declarado culpable.

Esta figura recuerda a la acción por complemento del pasivo del derecho francés (*action de comblement du passif*), la cual permite al juez competente declarar que los administradores, de derecho o de hecho, contribuyan a soportar la insuficiencia patrimonial de la persona jurídica concursada cuando dicha insuficiencia se debe a una gestión deficiente por parte de tales administradores. El legislador francés llega al extremo de permitir que el juez imponga, de forma motivada, la responsabilidad social de los administradores. No obstante, se pueden destacar, a grandes rasgos, tres diferencias entre la construcción de la figura española y la francesa. Por un lado, el

legislador francés no exige un grado especial de culpa en la gestión deficiente de los administradores ni tampoco establece ninguna limitación temporal en cuanto al momento en el que se ostentó el cargo, aunque sí prevé el posible carácter solidario de la responsabilidad. En cambio, el legislador español sí exige que haya dolo o, al menos, culpa grave (exceptuando los ya comentados supuestos de culpabilidad especial en los que el concurso es culpable con independencia de que haya dolo o culpa grave), solo se refiere a los que ocupasen o hubiesen ocupado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso y obvia la posible solidaridad de la responsabilidad⁵⁹. Por tanto, se puede concluir que la construcción francesa de la responsabilidad concursal es más protectora de los acreedores concursales, en tanto que se facilita y se potencia la cobertura del déficit patrimonial y, por tanto, es más apropiada para ostentar un carácter resarcitorio.

La literalidad del art. 172.3 ofrecía grandes dificultades para determinar de forma indiscutible la calificación de esta responsabilidad concursal, hasta el punto de que la interpretación de dicho artículo constituía el punto más conflictivo de la sentencia de calificación⁶⁰. En consecuencia, a raíz de este precepto, la jurisprudencia, al igual que la doctrina, se posicionó en torno a dos corrientes respecto de la naturaleza de la responsabilidad concursal: aquella que propugnaba su carácter sancionador o aflictivo y aquella que sostenía su carácter causal o resarcitorio⁶¹. La jurisprudencia se decantó en sus inicios por defender de la responsabilidad concursal del art. 172.3 como una sanción, no obstante, surgieron resoluciones que rebatían los fundamentos de la responsabilidad-sanción y que aportaban argumentos, más o menos acertados, a favor de la responsabilidad por daños. Esta pugna entre tribunales revelaba que la regulación de la responsabilidad concursal no era suficiente y que adolecía de defectos que reclamaban ser subsanados.

Por un lado, si se tiene en cuenta la literalidad del precepto, este mencionaba expresa y exclusivamente hasta un total de cuatro requisitos para activar la responsabilidad

⁵⁹ HERNANDO, J., *op. cit.*, p. 82. Adicionalmente, véase el voto particular de Sancho Gargallo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012.

⁶⁰ Véase la SJM de Jaén de 30 de octubre de 2006 (Fundamento de Derecho Séptimo).

⁶¹ Véase, entre otras, las SSJM núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, de 5 de diciembre de 2006 y de 18 de enero de 2007, núm. 14 de Granada de 17 de octubre de 2006, núm. 1 de Madrid de 4 de junio de 2007, de 16 de enero de 2007, núm. 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2006 y de A Coruña de 14 de marzo de 2007, las cuales defienden la responsabilidad-sanción; en sentido contrario, se pronuncian a favor de la responsabilidad resarcitoria o causal, entre otros, el AAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 6 de febrero de 2006, de 19 de marzo de 2007 y el previo AAP de Jaén en sentencia de 13 de abril de 2007, confirmado la tesis mantenida en instancia en sentencia de 30 de octubre de 2006.

concurzal y, por tanto, para poder condenar a cubrir total o parcialmente los créditos fallidos: que el concurso haya sido declarado culpable, que el deudor concursado sea persona jurídica, que se haya abierto la fase de liquidación y que no haya suficientes bienes para satisfacer los créditos. En cambio, el nexo causal, uno de los elementos esenciales de la responsabilidad resarcitoria, no aparecía como requisito de la responsabilidad concurzal (tampoco en el arts. 164.2 que determinan cuándo el concurso se presume como culpable). Por ello, los tribunales defensores del carácter sancionador entendían que el cumplimiento de estos requisitos llevaba a una sanción automática que era independiente del daño causado⁶². De hecho, en el proceso de aprobación de la norma, se rechazaron enmiendas (entre ellas, la mención al nexo causal) que habrían zanjado la cuestión, determinando la responsabilidad concurzal como resarcitoria. Ello revelaba la voluntad del legislador de que el supuesto fuera de responsabilidad sancionadora⁶³.

En realidad, la ausencia de la referencia al nexo causal era lógica si se pone en consonancia con el art. 164.1, que ya lo exigía para calificar el concurso como culpable, y con el art. 164.2 (cuyos supuestos, de hecho, son los más frecuentes en la práctica), el cual eximía de probar la relación causal entre la actuación y el déficit patrimonial en tanto que se preestablecen legalmente. Adicionalmente, los tribunales que defendían la responsabilidad-indemnización interpretaban que el nexo causal estaba implícito en tanto que la responsabilidad cabe cuando el concurso se califica como culpable, lo cual sucede cuando se aprecia el dolo o culpa grave del calificado en la generación o agravación de la insolvencia⁶⁴. Es decir, si la responsabilidad concurzal fuera resarcitoria, exigiendo entonces la concurrencia del nexo causal, se necesitaría una doble prueba del nexo causal en el caso del art. 164.1 y en los supuestos del art. 164.2 sería difícil de imponerse la responsabilidad concurzal⁶⁵. Entonces, entendemos que, en caso de calificarse el concurso como culpable (presupuesto de la responsabilidad concurzal), ya ha habido un juicio previo y se ha demostrado una conducta realizada con dolo o culpa grave que causalmente ha ocasionado un daño, consistente en la generación

⁶² Esta concepción de la responsabilidad-sanción como sanción automática se ha matizado, en el sentido de que se prevé para los casos más graves de concurso, luego no es automática, así se pronuncia, entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 28) en su sentencia de 5 de febrero de 2008.

⁶³ Véase la SJM núm. 1 de Madrid de 16 de enero de 2007 y la SAP de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008.

⁶⁴ Véase la SAP de Jaén (Sec. 1) de 10 de marzo de 2008.

⁶⁵ Véase, respecto del art. 164.2, las SSAP de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008 y de Córdoba (Sec. 3) de 28 de marzo de 2008.

o agravación de la insolvencia o, en el caso de los supuestos del art. 164.2 LC, se ha incumplido un deber trascendental con incidencia en el concurso del que se presume la relación causal, haciéndose entonces superflua la exigencia de probar de nuevo el nexo causal.

Adicionalmente, el art. 173 causaba (y sigue causando) dificultades con su literalidad, en concreto, con la expresión “*la sentencia podrá, además, condenar*”. El artículo, al emplear el término “*podrá*” en vez de “*deberá*”, parece conceder al juez la facultad de condenar o no pese a que se verifiquen los presupuestos legales, lo cual choca con el carácter obligatorio y automático de una sanción y con la finalidad reparadora de una responsabilidad resarcitoria (que propiamente impondría resarcir el daño en su totalidad, de existir este), y parece que con ello el legislador prevé que la responsabilidad recaiga siempre que la conducta haya sido dolosa o gravemente culposa y que haya provocado que no haya bienes suficientes para pagar a los acreedores⁶⁶. No obstante, los tribunales de la tesis sancionadora han intentado salvar este obstáculo, entendiendo que es necesaria la petición de parte y que, sin esta, el juez no puede condenar, de ahí el término “*podrá*”⁶⁷ o porque, pese a no ser una expresión “*feliz*”, hace referencia al hecho de que la sanción puede ser por la totalidad o por una parte de los créditos fallidos y puede recaer sobre todos o algunos de los administradores o liquidadores de los últimos dos años⁶⁸, consideración que compartimos, en tanto que el juez condenará o no y modulará la condena en función de la gravedad de las conductas.

Si se tiene en cuenta la estructura interna del art. 172, el art. 172.2.3º ya alude a una responsabilidad resarcitoria, no obstante, esta cuestión también fue interpretada de forma divergente por los tribunales. Para la jurisprudencia defensora de la responsabilidad-sanción, dicha referencia palmaria a una responsabilidad por daños evidenciaba que el legislador había optado por no ataviar la responsabilidad del art. 172.3 como resarcitoria con la misma rotundidad que en su párrafo precedente en tanto que su carácter es otro distinto al resarcitorio, *ergo* es sancionador⁶⁹. Asimismo, si la responsabilidad de este art. 172.2.3º que resarce por los daños y perjuicios causados por los administradores (y otros sujetos) es compatible y acumulable a la responsabilidad concursal del art. 172.3, lo lógico es que su naturaleza sea distinta, es decir, que la

⁶⁶ Véase la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 19 de marzo de 2007, el previo Auto de la misma Sección de 6 de febrero de 2006, la SJM de Jaén de 30 de octubre de 2006 y la SAP de Jaén de 13 de abril de 2007.

⁶⁷ Véase la SJM núm. 11 de Alicante de 18 de diciembre de 2008 y de 13 de enero de 2011.

⁶⁸ Véase las SSAP de Madrid (Sec. 28), de 5 de febrero de 2008 y de 6 de marzo de 2009.

⁶⁹ Véase la SJM núm. 1 de Madrid de 16 de enero de 2007.

responsabilidad concursal no sea también una responsabilidad por daños, sino una sanción para castigar el supuesto de mayor reproche: la liquidación con déficit patrimonial⁷⁰. En cambio, la jurisprudencia que defiende la tesis resarcitoria entendía que la responsabilidad del art. 172.2.3º solo se refiere al resarcimiento de los daños causados por unas conductas muy concretas: la obtención indebida de bienes o derechos del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa, y, en caso de otro tipo de daños, se podrá acudir a la vía del 172.3, con lo cual la indemnización que activa la responsabilidad concursal para resarcir los créditos fallidos no sería superflua y, por tanto, podría tener carácter resarcitorio⁷¹. No obstante, a nuestro parecer el art. 172.2.3º, tal y como está redactado, no se limita a esas conductas concretas, sino a cualesquiera daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave, entre los que se incluye el fallido concursal, así lo ha entendido finalmente el Tribunal Supremo⁷².

Si la literalidad del precepto genera dudas, lo mismo sucede con sus silencios. La LC parece que otorga al juez la facultad de condenar por la totalidad o parte de los créditos insatisfechos, empero sin hacer ninguna mención a los criterios a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad concursal y, por tanto, la parte de los créditos fallidos a cuyo pago se condena, lo que es otra fuente de interpretaciones jurisprudenciales, además de una peligrosa vía para la inseguridad jurídica. La jurisprudencia defensora de la naturaleza sancionadora ha entendido que sirve como criterio el grado de culpa (dolosa o gravemente culpable) en la generación o agravación del estado de insolvencia, es decir, un criterio propio de una sanción⁷³. En cambio, la jurisprudencia que aboga por la naturaleza resarcitoria ha entendido que el criterio al que debe atender el juez para optar por la condena parcial o total es la participación en la agravación de la situación de insolvencia (la magnitud de los daños causados individualmente), un criterio propio de la responsabilidad por daños⁷⁴. De hecho, los tribunales que han afirmado la naturaleza resarcitoria consideran que, de tratarse de una verdadera sanción, se respondería de todos los créditos que no se hubiesen podido satisfacerse tras liquidar la

⁷⁰ Véase la SJM (Sección 5.ª) de Madrid de 16 de febrero de 2006 (Fundamento de Derecho Décimo) y la SJM núm. 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2006 (Fundamento de Derecho Cuadragésimo Noveno)

⁷¹ Véase la SJM de Jaén de 30 de octubre de 2006, las SSAP de Jaén de 13 de abril de 2007 y de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008. Véase también en la doctrina a RONCERO, A., *op. cit.*, pp. 158 y 159.

⁷² Véase la STS de 11 de marzo de 2015.

⁷³ Véase la SJM núm. 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2006 (Fundamento de Derecho Cuadragésimo Noveno).

⁷⁴ Véase la SAP de Barcelona (Sec. 15) de 19 de marzo de 2007 y el previo Auto de la misma Sección de 6 de febrero de 2006

masa activa, en cambio, al poderse modular la condena, lo que yace bajo esa modulación es precisamente la relación de causalidad entre el presupuesto de responsabilidad y el daño (el impago de créditos)⁷⁵. Frente a esto, los tribunales defensores de la responsabilidad-sanción consideran que esta no es incompatible con la facultad del juez para graduar la responsabilidad, en tanto que los conceptos de culpa e imputación son compatibles con la sanción o pena civil, reconociéndolo así legalmente el art. 1154 CC⁷⁶.

Así pues, a nuestro entender y con la ley en la mano, ninguna de las posturas parece tener un encaje impecable tal y como está redactado el art. 172.3 al existir impedimentos que contravienen ambas tesis. En consecuencia, no es de extrañar la divergencia de argumentaciones y soluciones en la jurisprudencia menor, si bien los argumentos que nos resultan más razonables y sensatos son aquellos que propugnan la responsabilidad-sanción. Eventualmente, las diferentes soluciones adoptadas por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales culminaron, antes que en la reforma de la LC, en la adopción de unos mismos criterios, en cierta medida, por parte del Tribunal Supremo. En un principio, el Alto Tribunal, al pronunciarse sobre la interpretación del art. 172.3 LC, negó su carácter sancionador de plano y se decantó por una responsabilidad por daño o culpa (en la misma línea que la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona)⁷⁷, entendiendo que los daños sufridos por los acreedores equivalían al importe de los créditos no satisfechos en la liquidación⁷⁸. Entre sus motivos para rechazar la responsabilidad concursal como sancionadora, aludía a la función protectora de la misma de intereses particulares, en concreto, de los intereses de los acreedores concursales⁷⁹. Ahora bien, este argumento es criticable, puesto que en cierta medida la responsabilidad concursal también protege intereses generales al introducir *“unas mínimas pautas éticas en el tráfico económico y la función de prevención general que supone la aplicación de ese régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables asociadas a concursos con graves déficits patrimoniales que impiden incluso la*

⁷⁵ Véase la SJM de Jaén de 30 de octubre de 2006 (Fundamento de Derecho Séptimo) y las SSAP de Jaén de 13 de abril de 2007 (Fundamento de Derecho Sexto) y de 10 de marzo de 2008 (Fundamento Sexto).

⁷⁶ Véase la SAP de La Coruña (Sec. 4) de 26 de junio de 2009.

⁷⁷ Véase las SSTS de 23 de febrero de 2011, de 12 de septiembre de 2011, de 6 de octubre de 2011, de 17 de noviembre de 2011, de 16 de enero de 2012 y de 21 de marzo de 2012.

⁷⁸ Véase las SSTS de 23 de febrero, de 12 de septiembre y de 6 de octubre de 2011.

⁷⁹ Véase la STS de 23 de febrero de 2011 (Fundamento Séptimo).

suscripción de un convenio gravoso”⁸⁰.

No obstante, posteriormente, parece que el Alto Tribunal empezó a alejarse tímidamente de la responsabilidad como indemnización y del requisito del nexo causal⁸¹ a través de ciertas contribuciones que resultaban contradictorias con la tesis resarcitoria. Una de las grandes contribuciones del Tribunal Supremo fue la exigencia de una “*justificación añadida*”⁸², además de la calificación culpable del concurso, para condenar al pago del déficit concursal, para lo cual el juez debe valorar los elementos subjetivos y objetivos (conforme a criterios normativos) de la conducta de cada administrador que haya determinado la calificación culpable. No obstante, pese a que se afirme que se trata de una responsabilidad por daños, esta opción no casa con el resto de argumentaciones del Tribunal Supremo, puesto que rechaza la necesidad de probar la relación de causalidad en base a que la condena no puede depender de un requisito “ajeno” a la conducta por la que el concurso se califica de culpable (ya sea una conducta del art. 164.1 o del art. 164.2). Estas afirmaciones son las que llevan a pensar que, aunque rechaza la tesis de la responsabilidad-sanción, el Tribunal Supremo no habla de una responsabilidad resarcitoria pura o estricta, en tanto que niega uno de sus elementos esenciales: el nexo causal⁸³. Llega a afirmar el Tribunal Supremo que el hecho de que la responsabilidad concursal sea sancionadora o resarcitoria es una mera cuestión semántica, siendo la ausencia del nexo causal (entre los hechos por los que se califica el concurso como culpable y la generación o agravación de la insolvencia) lo realmente importante⁸⁴. Ejemplo palmario de ello es su sentencia de 6 de octubre de 2011, en la cual condena a un administrador a cubrir el déficit pese a la evidente ausencia del nexo causal entre la conducta culpable (irregularidades contables) y la insolvencia. Con lo cual, ni siquiera el Tribunal Supremo zanja la discusión en torno al debate de la naturaleza de la responsabilidad concursal del art. 172.3. De hecho, en el Fundamento de Derecho Sexto de su sentencia de 21 de mayo de 2012, parece afirmar que la solución está a caballo entre el carácter sancionador y el resarcitorio:

⁸⁰ Véase la SAP de Madrid (Sec. 28) de 5 de febrero de 2008 (Fundamento Jurídico Noveno).

⁸¹ VIÑUELAS, M., “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2016, Nº 24, p. 308.

⁸² Véase la STS de 9 de junio de 2016, que aplica el art. 172 *bis* antes de la reforma de 2014 y dice que: “(l)a exigencia de una «justificación añadida» responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique”. De hecho, la Sala revoca la condena en tanto que no existe esa justificación añadida por parte del tribunal de instancia.

⁸³ Véase las SSTS de 6 de octubre de 2011 y de 21 de mayo de 2012 (Fundamento Jurídico Sexto).

⁸⁴ Véase la STS de 20 de abril de 2012.

“La afirmación de que el artículo 172, apartado 3, constituye una regla con funciones indemnizatorias de un daño [...] no permite eludir la conexión existente entre ella y las del artículo 164. Y tampoco justifica servirse de esta última norma (art. 164.2) como si fuese un mero instrumento probatorio del supuesto de hecho de la contenida en aquel otro apartado. Del mismo modo, afirmar que el artículo 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”

Los vacilantes pasos de la Sala en torno a la tesis sancionadora son de tal magnitud que Sancho Gargallo, uno de los ponentes de la citada sentencia de 6 de octubre de 2011, señala en su voto particular que, pese a que el Tribunal Supremo niega la naturaleza sancionadora, señala criterios de imputación que se adaptan a esta (*“los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento”*) y, dando un paso más hacia la naturaleza resarcitoria estricta, Sancho Gargallo afirma que el criterio de imputación (la *“justificación añadida”*) no puede ser otro distinto a la participación de cada administrador en la conducta que ha sido calificada como culpable y la generación o agravación de la insolvencia, es decir, la relación de causalidad, de manera que el administrador *“(e)n la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder”*. Todo lo anterior (y las sentencias posteriores del Alto Tribunal) hacen pensar que lo que pretendía hacer el Tribunal Supremo era negar el carácter sancionador de la responsabilidad concursal en sentido propio, pero no lo negaba en sentido impropio⁸⁵.

La situación expuesta es indicativa de que la redacción original de la responsabilidad concursal en el art. 172.3 era confusa y difícil de interpretar atendiendo solo a su literalidad⁸⁶, tanto por lo que decía como por lo que callaba, hasta el punto de que una misma expresión o un mismo silencio eran llevados, en función del juez o tribunal que se tratase, al terreno de la responsabilidad-sanción (interpretación mayoritaria) o al de la responsabilidad-indemnización. Dado que ni siquiera el Tribunal Supremo logró facilitar la labor de los jueces (pues sus argumentaciones pecaban de incongruentes en

⁸⁵ Véase la STS de 21 de marzo de 2012, que dice: *“(y) no contradice lo expuesto el que, en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre [...] hayamos atribuido a la responsabilidad de los administradores que regula el apartado 3 del artículo 172 una función no sancionadora, en sentido estricto, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores de los insatisfechos acreedores - que, al fin, verán ampliado el número de personas a las que pueden reclamar el pago de la deuda -, para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, no en otros”*.

⁸⁶ En este sentido, dice el JLM núm. 4 de Jaén, en el Fundamento de Derecho Noveno, en sentencia del 21 de mayo de 2011, que *“(l)a única conclusión clara a la que se puede llegar es que la norma (el art. 172.3) es un dechado de defectos”*.

cierta medida), la LC fuera reformada posteriormente en 2011, modificándose, entre otras cosas, la regulación de la responsabilidad concursal, como pasamos a comentar a continuación.

8.2 Reforma de la LC de 2011

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, como expone en su preámbulo, buscaba concretar el régimen jurídico de algunos aspectos concursales, entre ellos la “responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación”, la cual había causado tantos conflictos en los tribunales. Para ello, el legislador añadió con acierto el art. 172 *bis*, titulado “responsabilidad concursal”, a cuyo primer párrafo trasladó prácticamente la totalidad del contenido del art. 172.3 original para regular la misma con una cierta autonomía y sustantividad propia con respecto del resto de consecuencias de la calificación concursal que preveía el art. 172, lo cual refleja la relevancia y singularidad de esta figura en la sección de calificación, gozando la misma de sus propios presupuestos, significado y finalidad⁸⁷.

En su segundo párrafo, el precepto hace referencia al caso de la reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio habiendo sido el concurso ya calificado como culpable (al verificarse alguno de los supuestos comentados del art. 164 o 165). En este supuesto se obliga al juez a fijar la condena a la cobertura del fallido concursal teniendo en cuenta los hechos que se probaron al calificar el concurso como culpable (los cuales no podían afectar a la responsabilidad concursal porque no se estaba ante un caso de liquidación, como exige la ley) y los hechos que desencadenaron la reapertura de la liquidación por incumplir el convenio. Esta obligación legal es sensata, en tanto que son hechos que resultan de interés para la condena.

El tercer párrafo es el más relevante en aras de determinar la naturaleza de la responsabilidad concursal. De este se puede deducir que, de nuevo, el nexo causal es irrelevante en tanto que la responsabilidad concursal es consecuencia de la calificación del concurso como culpable, sin que se exija que la condena dependa de la participación de los hechos en la generación o agravación del estado de insolvencia, sin perjuicio de que la condena se module en función de la participación de los calificados “*en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*”. Por otro lado, el legislador parece decantarse por el carácter mancomunado de la responsabilidad

⁸⁷ HERNANDO, J., *op. cit.*, p. 86.

concurzal, en lugar del carácter solidario (a diferencia del caso francés), debiendo el juez individualizar el importe de la condena de cada responsable de acuerdo al criterio ya comentado. Esta individualización ordenada por la LC constituye otro argumento a favor de la responsabilidad-sanción, pues, de ser una responsabilidad resarcitoria, la condena sería solidaria entre todos los causantes del daño. También el 172 *bis*, en su tercer apartado, aclara cuál es el destino de las cantidades obtenidas a partir de la ejecución de la condena, integrándose en la masa activa del concurso y no abonándose directamente a los acreedores, respetándose así el principio de la *par conditio creditorum* que inspira todo el proceso concursal y reflejando su carácter sancionador.

Como vemos, la reforma logra resolver distintos problemas que planteaba el art. 172.3 y, al igual que su predecesor, el art. 172 *bis* no hace ninguna mención expresa a la necesidad del nexo causal ni, en general, a la naturaleza resarcitoria. No obstante, deja sin resolver de forma contundente la cuestión de la naturaleza jurídica, lo que permitió que siguieran surgiendo resoluciones judiciales contradictorias al respecto. También hay que tener en cuenta que, al ser el art. 172 *bis* heredero del art. 172.3, la jurisprudencia que se había pronunciado acerca de la interpretación de este último, determinando los caracteres de la responsabilidad, resultaba aplicable al art. 172 *bis*⁸⁸, de ahí que la jurisprudencia que abogaba por su carácter sancionador mantuviera sobre el art. 172 *bis* los mismos argumentos que sobre el art. 172.3. Incluso la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15), la cual había sostenido sistemáticamente la tesis resarcitoria, pasa a acoger el carácter sancionador y recalca que el nuevo art. 172 *bis* había “*contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit*” (Fundamento de Derecho Quinto)⁸⁹. Adicionalmente argumenta la sentencia que, al determinar que la condena se fija de acuerdo a los hechos declarados probados (no al daño o agravamiento de la insolvencia causado), “*el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños*”. También señala que se trata de una norma sobre distribución o atribución de los riesgos, puesto que el riesgo de insolvencia pasa de recaer sobre los acreedores a los administradores cuando su conducta conduce a la culpabilidad del concurso.

⁸⁸En este sentido, dice la SAP de Barcelona (Sec. 15) de 23 de abril de 2012: “*La nueva redacción del precepto no creemos que haya comportado un cambio sustancial de su contenido anterior, razón por la que no existe inconveniente alguno para que pueda ser aplicado de forma retroactiva, al tratarse de una retroactividad de carácter meramente interpretativo, que la jurisprudencia admite*”. Véase también la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016.

⁸⁹ Véase la SAP de Barcelona (Sec. 15) de 23 de abril de 2012.

Parece que tras la reforma de 2011 el Tribunal Supremo se ha decantado por entender que la responsabilidad concursal es una “*responsabilidad por deudas*”, no sujeta a los requisitos propios de una responsabilidad resarcitoria. Exponente de ello es su sentencia de 16 de julio de 2012 (Fundamento de Derecho Tercero), que niega que el supuesto del art. 172 *bis* (y de su antecesor, el 172.3) se constituya como un supuesto de indemnización por el daño causado a los acreedores por la generación o agravación de la insolvencia mediando dolo o culpa grave y afirma expresamente que, en realidad, constituye un supuesto de responsabilidad por deuda ajena. Señala como únicos requisitos de la responsabilidad concursal ser administrador, liquidador o apoderado general (estando afectado por la calificación), que el concurso se califique como culpable, que se abra la fase de liquidación y que no se pueda satisfacer la totalidad de créditos, por tanto, el Tribunal Supremo mantiene, tras la reforma de 2011, que el nexo causal no es un requisito.

Adicionalmente, dado que el art. 172 *bis* también otorga una amplia potestad al juez para determinar si condenar o no y si condenar por la totalidad o solo por parte del fallido concursal, el Alto Tribunal determina algunos criterios que debe emplear el juez para fijar el importe de la condena (los que la Sala denominaba en sentencias anteriores como “elementos objetivos y subjetivos”): la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación en los hechos por los que se calificó el concurso como grave (el cual expresa y precisamente menciona el art. 172 *bis*⁹⁰, *ergo* la reforma también ofrece un criterio legal que el juez debe tener en cuenta a la hora de determinar el importe de la condena), sin tener en cuenta su contribución en la generación o agravación de la insolvencia (más propio de una responsabilidad-indemnización). Esta afirmación estaría en línea con las ya comentadas de sus anteriores sentencias de 6 de octubre de 2011 y de 21 de mayo de 2012 (Fundamento Sexto⁹¹). Lo que se ha criticado es que se den criterios para determinar la cuantía de la condena pero no para determinar si cabe la

⁹⁰ Llama la atención que, pese a que era aplicable su predecesor (art. 172.3), esta sentencia hace referencia al art. 172 *bis* de la reforma de 2011 en este punto, como si tuviese la imperante necesidad de subrayar que el legislador ha optado por la participación en los hechos que determinaron la calificación como criterio para graduar la condena.

⁹¹ El Tribunal Supremo afirma en concreto 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*”

condena o no, quedando estos al arbitrio del juez⁹², aun así, en suma, podemos afirmar que la coherencia entre la jurisprudencia y la legislación era equilibrada y razonable.

8.3 Reforma de la LC de 2014

La modificación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que ha hecho brotar ríos de tinta tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se produce en el art. 172 bis, al final de su primer párrafo, y con estas palabras: “*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*”, expresión que parece confirmar la tesis resarcitoria al interpretarse como una suerte de nexo causal⁹³. Así pues, cuando parecía que por fin se había llegado a un consenso jurisprudencial sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal, el cual era coherente con la literalidad del art. 172 bis y con los otros artículos con los que este se relacionaba (principalmente, 164.1, 164.2, 165 e incluso 172.2.3º), entendemos este novedoso inciso final como un giro de 180 grados sin ninguna justificación aparente e incongruente con la restante regulación, el cual vuelve a sembrar la discordia entre la doctrina y tribunales.

Buen ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, la cual, de hecho, es su primera resolución pronunciándose sobre la reforma de 2014 (pese a que descarta su aplicación retroactiva al supuesto de hecho). Por un lado, la Sala acuerda, en su Fundamento Jurídico Cuarto, que este inciso final del art. 172 bis establece “*un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de riesgos de insolvencia diferentes*” de los que se establecían antes de la reforma del 2014. En concreto, afirma que la naturaleza de la responsabilidad concursal mantenida de forma “*razonablemente uniforme*” por la Sala era la propia de un régimen agravado de responsabilidad civil, sin que se exigiera un nexo causal entre la conducta culpable y el fallido concursal (negando su carácter resarcitorio)⁹⁴. Por tanto, el inciso no pretende

⁹² VIÑUELAS, M., *op. cit.*, p. 310.

⁹³ Así lo entiende MARÍN, F., *op. cit.*, pp. 1848. De hecho, con una expresión muy similar, Sancho Gargallo defiende el carácter sancionador de la responsabilidad concursal en el voto particular de la STS de 6 de octubre de 2011: “*(e)n la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder*”

⁹⁴ La Sala afirma en este sentido que: “*la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal « en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia »*”.

aclarar o interpretar la normativa precedente, sino que introduce *ex novo* un régimen de responsabilidad de carácter resarcitorio. En cambio, dos ponentes, Sancho Gargallo y Sastre Papiol, expresaron en su voto particular que, en realidad, el inciso lo que pretende es “*explicitar lo que estaba implícito*” en el anterior 172.3 (de 2003) y 172 *bis* (de 2011) e “*ilustrar cómo debía ser interpretada aquella normativa anterior, y sin que con ello se pretenda una aplicación retroactiva del nuevo precepto*”⁹⁵. Es decir, mientras que la Sala solo entiende el nexo causal como requisito de la responsabilidad concursal a partir de la reforma de 2014 (careciendo de ese requisito anteriormente), el voto particular considera que el nexo causal siempre había sido un requisito desde la redacción original del art. 172.3 y, por tanto, el inciso se limita a aclarar la existencia de dicho requisito a la vista de la jurisprudencia que lo descartaba. El voto particular también señala dos consecuencias lógicas de la nueva regulación que exige la concurrencia del elemento causal: no se puede condenar a la cobertura del déficit si la conducta no ha contribuido a generar o agravar la insolvencia (es decir, si no existe nexo causal entre la conducta y el resultado dañoso) y la cuantía de la condena, en su caso, dependerá de la contribución de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia, argumentos que incansablemente había mantenido la doctrina defensora del carácter resarcitorio⁹⁶. Otra aclaración del Alto Tribunal en la sentencia de 12 de enero de 2015 es la negación del supuesto del art. 172 *bis* como sanción civil, en consecuencia, no cabe ni la retroactividad de la Ley más favorable ni el principio de taxatividad sobre el precepto. Si atendemos a la jurisprudencia menor más reciente⁹⁷, esta también interpreta que el inciso niega la calificación de la responsabilidad como sanción afirmando su carácter resarcitorio y la exigencia del nexo causal.

Algunos autores⁹⁸ consideran que este parámetro en el inciso final viene a ser una reacción del legislador ante la inseguridad jurídica que el Tribunal Supremo habría

⁹⁵ En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 22 de octubre de 2014.

⁹⁶ SANCHO, I., *op. cit.* 207.

⁹⁷ También la jurisprudencia menor interpreta la actual regulación de la responsabilidad concursal como resarcitoria. Véase las SSJM núm. 1 de Murcia de 24 de junio de 2015, núm. 1 de Santander de 16 mayo, de San Sebastián de 30 de junio y núm. 6 de Madrid de 13 de diciembre de 2017 y la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 17 de mayo de 2017, la cual afirma que: “*la justificación añadida tiene que estar relacionada (de forma directa o indirecta) con la posibilidad de que la conducta imputada personalmente a cada uno de los sujetos que han ocupado el cargo de administrador haya podido incidir en la generación o en el agravamiento de la insolvencia*”.

⁹⁸ IRIGOYEN, D., Reforma Concursal del RD Ley 4/2014 relativa a la responsabilidad concursal por el déficit (art. 172 *bis* LC), 2014, disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/reforma-concursal-del-rd-ley-4-2014-relativa-a-la-responsabilidad-concursal-por-el-deficit-art-172-bis-lc.pdf>.

implantado con sus interpretaciones del art. 172 *bis*, según las cuales, el juez tenía una amplia discrecionalidad para condenar o no al déficit. Entonces, al exigir que se valore la relación de causalidad para imponer la condena, los sujetos condenables sabrían a qué atenerse, en concreto, a cuál había sido su contribución en la generación o agravación de la insolvencia. Sea como fuere, parece que tanto el art. 172 *bis* como la jurisprudencia del Tribunal Supremo abogan por la naturaleza resarcitoria del supuesto, exigiendo, por tanto, la concurrencia del nexo causal, manteniéndose la tesis resarcitoria en sentencias recientes del Alto Tribunal como la de 9 de junio de 2016 o la de 29 de marzo de 2017⁹⁹. Ahora bien, si tenemos en cuenta las consecuencias de tal caracterización, podemos ver cómo esta hace aguas.

Si se examina este añadido en relación con el resto del sistema concursal que establece la LC desde sus orígenes, surgen incoherencias y contradicciones, particularmente con la regulación de la sección de calificación en la que la responsabilidad concursal se desenvuelve como un pronunciamiento contingente. Entre los problemas de este añadido artificioso, destaca el de la diferenciación entre la indemnización de daños y perjuicios *per se* del art. 172.2.3º y la condena causalizada del art. 172 *bis*. Aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado al respecto, sí lo ha destacado la jurisprudencia menor. El Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, tras examinar los preceptos, concluye, en su sentencia de 27 de junio de 2016, que ambas condenas, a la luz de la modificación de 2014, se confunden, si no materialmente, sí formalmente, es decir, no se diferencian conceptualmente, independientemente de que haya casos en los que pueda imponerse la indemnización pero no la responsabilidad concursal. Entre las diferencias se enumeran la solución del concurso (permitiéndose el convenio o la liquidación para la indemnización y exigiéndose la liquidación para la responsabilidad concursal), los sujetos responsables (la indemnización se amplía a los cómplices), el carácter subsidiario de la responsabilidad frente al directo de la indemnización y, finalmente, el tipo de conductas (la responsabilidad concursal puede imponerse, potencialmente, por cualquiera de las presunciones mientras que la indemnización requiere que la conducta, de resultado o de mera actividad, haya producido un resultado dañoso). Por ello, nos inclinamos a pensar que, una vez causalizada la responsabilidad concursal, esta prácticamente se solapa con la indemnización ya prevista del art.

⁹⁹ Por el contrario, hay quienes consideran que aún no hay suficiente claridad acerca del elemento de causalidad del que habla el art. 172 *bis*, véase PARDO, M., “El elemento de la causalidad en la responsabilidad concursal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, Nº 931, de 22 de junio de 2017, p. 7.

172.2.3º, transformándose en una condena redundante y que, además, pueden recaer simultáneamente sobre un mismo individuo por unos mismos hechos sin ningún tipo de justificación para ello, lesionándose el principio *non bis in idem*.

El inciso tampoco encaja con el sistema de supuestos de concurso culpable. Por un lado, obliga a anudar un resultado dañoso a conductas que conllevaban la responsabilidad concursal por razón de su gravedad objetiva y no de su resultado. Si se tienen en cuenta los arts. 164.2 y 165, estos presumen la culpabilidad del concurso, independientemente de la relación de causalidad entre la conducta tipificada y la causación o agravación de insolvencia, lo cual es lógico, en tanto que son conductas de mera actividad, que no necesitan llevar aparejadas un resultado dañoso por ser en sí mismas de máximo reproche y gravedad. Por tanto, consideramos absurda la exigencia de nexo causal para tales presunciones, ya no por la dificultad de la prueba (que es peliaguda) sino por el propio fundamento de tales presunciones como conductas de mera actividad y de gravedad, sin conexión con la insolvencia. Por otro lado, la cláusula general del art. 164.1 ya exige una relación de causalidad con la insolvencia para calificar el concurso como culpable, con lo cual entendemos que se estaría instando una segunda relación de causalidad para constituirse la responsabilidad concursal, sin que haya fundamento ni sentido en ello, y que, desde luego, no puede concebirse como una “justificación añadida” en los términos empleados por el Tribunal Supremo, en conexión con la expresión “podrá” del art. 172 *bis*, puesto que el art. 164.1 ya exige el nexo causal para calificar el concurso como culpable.

Otras previsiones que pierden su sentido con la modificación (pese a mantenerse en el texto) son los parámetros ya comentados para determinar y modular la condena: la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso para individualizar la condena en caso de pluralidad de condenados y los hechos declarados probados en la sentencia de calificación y los determinantes de la reapertura de la sección sexta. Estas previsiones ceden ante la capacidad generadora o agravadora de la conducta concreta. Tal es la deficiencia de la técnica legislativa que ni siquiera se ha hecho un esfuerzo por integrar el inciso añadido correctamente, pues se podría haber señalado en el art. 172 *bis* que los hechos determinantes para calificar como culpable el concurso son idóneos para generar o agravar la insolvencia¹⁰⁰.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 693.

Por otro lado, el hecho de que la responsabilidad concursal se prevea exclusivamente para casos de liquidación (mientras que la indemnización recae en casos de convenio o liquidación) es propio de un fundamento sancionador (no de uno resarcitorio), pues, si fuera su naturaleza verdaderamente resarcitoria, de subsistir créditos insatisfechos al cumplirse el convenio, estos se deberían indemnizar por tal vía, sin perjuicio de cuál sea la solución concursal¹⁰¹. Por tanto, a nuestro parecer, esa referencia novedosa a la causalidad constituye más un bien un remiendo parcial y poco meditado en la LC, desconectado del resto de previsiones y que, en caso de pretender resolver la naturaleza de la responsabilidad concursal como resarcitoria, lo resuelve de una forma deficiente y descuidada, pues la reforma se limita a ese inciso, sin tener en cuenta las demás previsiones, que pierden su sentido o que incluso violan el principio de *non bis in idem*, al relacionarse con esta novedosa y parcheada responsabilidad concursal.

Todo ello nos lleva a dudar de la intención detrás de la formulación añadida, pues de pretender esta modificar o aclarar el carácter de la responsabilidad concursal, la técnica legislativa no podría haber sido más defectuosa. La reforma debería haber sido más profunda y técnicamente adecuada, salvando, si no todos, al menos gran parte de las contradicciones señaladas entre el carácter sancionador y las restantes previsiones de la LC e incluso su relación con el régimen de responsabilidad societaria, como se comenta en el apartado 9. Es posible que establecer el carácter sancionador nunca fuera la intención del legislador pues el preámbulo del Decreto-ley señala como fin adoptar medidas que alivien la carga financiera o favorezcan el desapalancamiento, a lo cual claramente responde la ampliación del ámbito subjetivo de la responsabilidad, que se extiende a los casos en los que los socios se nieguen, sin causa razonable, a capitalizar créditos o emitir valores o instrumentos convertibles, lo cual permitiría ese alivio financiero o desapalancamiento perseguido por el Decreto-ley. En cambio, la caracterización de la responsabilidad concursal de ningún modo responde a tales fines, con lo cual es posible que se haya malinterpretado el añadido. En este sentido, García-Cruces interpreta que este añadido solo se refiere al caso de los socios que incumplan su deber de capitalización y no al resto de sujetos¹⁰², puesto que esa formulación y la imputación de los socios se añaden con el mismo Decreto-ley y, considerados de forma

¹⁰¹ Véase la SJM de Oviedo de 27 de junio de 2016.

¹⁰² GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, p. 1423.

conjunta, responderían al fin señalado de alivio financiero o desapalancamiento. Otra posibilidad es que el añadido simplemente sea un criterio de imputación disponible para el juez en conexión con la expresión “podrá” pero que coexiste con los otros señalados en el artículos (hechos declarados probados en la sentencia de calificación, hechos determinantes de la reapertura de la sección de calificación y participación en los hechos) y con los que tradicionalmente han empleado los tribunales en virtud de la discrecionalidad que les concede la LC, como el grado de culpabilidad. A nuestro parecer, cualquiera de estas explicaciones tiene más sentido que defender la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad concursal.

Poco después, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, convalida los cambios del Decreto-ley y subsana un error gramatical del art. 172 (sustituye “La presunción contenida el número 4” por “La presunción contenida en el número 4), lo cual deja en evidencia el cuidado y la prudencia con los que se modifica la LC. Finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, modifica el art. 172 en su apartado segundo como consecuencia de la reforma simultánea del art. 165 ya comentada.

8.4 Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de 6 de marzo de 2017

Aunque este texto todavía no está vigente (ni siquiera está aprobado) arroja cierta luz sobre el régimen de la responsabilidad del art. 172 *bis*. En primer lugar, el título del precepto pasa de denominarse como “responsabilidad concursal” a “condena a la cobertura del déficit”, tal y como venían llamándola ya algunas sentencias¹⁰³ (también pasa a ser el art. 455). Como segunda previsión novedosa, se da opción expresa al juez para imponer una condena solidaria o no solidaria (lo que recuerda a la acción ya comentada de derecho francés). Adicionalmente, desaparece el socio como sujeto que puede ser condenado a la cobertura del déficit (tampoco es ya un sujeto sobre el cual se puede calificar o presumir el concurso como culpable), lo cual puede deberse a la peliaguda cuestión de la responsabilidad de los socios limitada a sus aportaciones, sin que puedan responder personalmente de las deudas sociales (principio consagrado en el art. 1 de la LSC), la cual entraba en conflicto con la posibilidad de condenar a los socios a responder con su patrimonio personal por los créditos insatisfechos tras la liquidación.

Pese a desaparecer la mención al socio, se mantiene la novedad de 2014 del nexo causal entre la conducta y la agravación o generación del estado de insolvencia como

¹⁰³ Véase, entre otras, las SSTs de 1 de junio de 2015 o de 29 de marzo de 2017.

requisito para imponer la condena, lo cual podría significar que la relación exclusiva entre ambas que defiende García-Cruces no es cierta. Por tanto, si, pese a las críticas hacia la incorporación de la causalidad, el legislador ha optado por mantenerla en los mismos términos, la tesis resarcitoria interpretada por el Tribunal Supremo parece que subsiste. Ahora bien, no deja de ser una propuesta, papel mojado, por lo que el mantenimiento del nexo causal puede deberse a un descuido o a que la propuesta sencillamente se enfoca en la mejora de otros aspectos, pudiéndose, en todo caso, modificarse eventualmente a lo largo del *iter legis*. Otra novedad de la propuesta es la definición (aunque axiomática) del déficit como aquel supuesto en el cual el importe total de los créditos reconocidos en el concurso (masa pasiva) es superior al valor de los bienes y derechos que figuran en el inventario elaborado por la administración concursal (masa activa).

Curiosamente se elimina la referencia a la integración en la masa activa de los importes que se obtuviesen por la condena, tal vez porque, de ser la naturaleza de la responsabilidad resarcitoria, la condena debería destinarse a satisfacer directamente a los distintos acreedores y así al menos hay una diferencia sustancial con la indemnización del art. 172.2.3º. No obstante, ello pondría en peligro el principio de igualdad de los acreedores que rige al proceso concursal.

9. Coexistencia y coordinación de acciones en la Ley Concursal y el Derecho de Sociedades: la acción de responsabilidad concursal, la acción indemnizatoria de daños y perjuicios y las acciones societarias de responsabilidad contra los administradores societarios

Pese al ya existente régimen general de responsabilidad de administradores en sede societaria, el cual prevé la indemnización por los daños y perjuicios que estos causen en el ejercicio de su cargo, también en sede concursal se prevén supuestos de responsabilidad de los administradores, los cuales se adecúan a las peculiaridades que envuelven a la sociedad incurso en el procedimiento concursal. Pues bien, si ya consideramos la falta de compatibilidad entre la naturaleza resarcitoria de la

responsabilidad concursal con la regulación en su conjunto de la LC, lo mismo sucede con el régimen de acciones generales de responsabilidad frente a los administradores, pudiendo resultar tal incompatibilidad en una doble condena de los administradores por unos mismos hechos para obtener un mismo resultado: la reparación del daño infringido a la sociedad y, derivativamente, a sus acreedores¹⁰⁴.

El preámbulo de la Ley 38/2011 proclama expresamente que esta pretende “*armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación*”. En este sentido, los arts. 50.2 y. 51 *bis* prevén, respectivamente, la inadmisión por el juez concursal de la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC (al ser esta una acción de reclamación de obligaciones sociales frente a los administradores como consecuencia del incumplimiento de sus deberes en caso de concurrir una causa de disolución) y la suspensión de aquellos procedimientos iniciados antes del auto de declaración del concurso en los que tal acción se promueva. Si bien estas previsiones son un acierto que favorece la coordinación entre la responsabilidad del Derecho Societario y del Concursal, no puede decirse lo mismo de la acción social de responsabilidad.

El art. 48 *quáter* LC avala expresamente el ejercicio de la acción social aun cuando se haya declarado la sociedad en concurso, siendo la administración concursal la habilitada para ejercerla, con lo cual se excluyen las reglas de legitimación previstas en el plano societario. Consideramos que puede descartarse la aplicación de dicho artículo a la acción individual (art. 241 LSC) y a la acción de responsabilidad por deudas (art. 367)¹⁰⁵, pues la LC se refiere expresamente a las “*acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada (la sociedad) contra sus administradores, auditores o liquidadores*”, siendo la acción individual una acción para socios o terceros (no para la sociedad) y siendo en ambos casos una acción contra, exclusivamente, administradores. Por tanto, la acción del régimen societario cuya coordinación con la responsabilidad concursal ha de determinarse no es otra más que la acción social.

El art. 238 de la LSC establece esta acción social como una acción de responsabilidad civil, cuya finalidad consiste en indemnizar a la sociedad por el daño

¹⁰⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A., *op. cit.*, pp. 1406,1407 y 1410.

¹⁰⁵ En este mismo sentido se pronuncia MORALES, J., *op. cit.*, p. 422. Respecto de la acción individual, afirma la STS de 22 de diciembre de 2014: “*la norma procesal no prevé ningún efecto de la declaración de concurso respecto de la acción individual (...) de tal forma que puede ser ejercitada por los terceros perjudicados, ante el juez mercantil que corresponda, al margen del concurso de acreedores*”.

que los administradores hayan causado a la sociedad por razón de su comportamiento, ya sea este contrario a la ley, a los estatutos o a los deberes inherentes del cargo¹⁰⁶. Para ejercer la acción social, se exige la concurrencia de tres requisitos: la realización de un acto ilícito, un daño directo (no indirecto) en el patrimonio de la sociedad y un nexo causal entre el acto y el daño. La culpa en sí se presume al realizar un acto ilícito, pudiendo el administrador probar su diligencia. Estos presupuestos de la acción societaria son prácticamente idénticos (aunque más amplios) que la responsabilidad concursal: la conducta culposa del administrador, la causación o generación de la insolvencia y el nexo causal entre ambas, lo cual *a priori* nos hace poner en entredicho la necesidad y posibilidad de ambas figuras en el seno del concurso.

Si también examinamos el fundamento de las acciones a fin de examinar su coordinación, es obvio que la responsabilidad social es de tipo resarcitorio, tendente a reparar los daños causados por los administradores a la sociedad. Cuando, ante la ambigüedad de la LC, la responsabilidad concursal se calificaba por los tribunales de sancionadora, resultaba razonable imputar ambas responsabilidades a los administradores, al sustentarse en fundamentos distintos (indemnizar y sancionar). Sin embargo, dada la reforma de 2014 y la interpretación del Tribunal Supremo de la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad concursal, admitir la aplicación simultánea de ambas acciones supondría condenar doblemente a los administradores a reparar los daños causados por un acto concreto, lo cual es un abuso excesivo. Por tanto, entendemos que a la vista de la LC actual, la responsabilidad concursal es redundante, pues su finalidad resarcitoria puede lograrse con la acción social, la cual, además, goza de un ámbito de aplicación más amplio¹⁰⁷.

Si bien hay autores que entienden que los problemas de coordinación que pueden darse entre un régimen y otro son independientes de la naturaleza de los supuestos de responsabilidad (resarcitoria o sancionadora), en tanto que la tensión radica en el hecho de que sean responsabilidades que derivan de unos mismos hechos¹⁰⁸, vemos que un mismo supuesto de hecho puede dar pie simultáneamente a la acción social de responsabilidad y a la responsabilidad concursal: si un administrador realiza un acto ilícito que genera o agrava la situación de insolvencia, generando daños a la sociedad

¹⁰⁶ MORALES, J., *op. cit.*, p. 419.

¹⁰⁷ MORALES, J., *op. cit.*, pp. 442-443.

¹⁰⁸ RONCERO, A., *op. cit.*, p. 159.

como consecuencia de tal actuación. Es decir, se abre una doble vía de resarcimiento pudiendo los administradores ser condenados dos veces.

La responsabilidad resarcitoria de los administradores puede incluso triplicarse por unos mismos hechos, tal y como se hallan actualmente el régimen societario y concursal. Debido también al fundamento coincidente de resarcir los daños, el juez concursal podría condenar al administrador por unos mismos hechos a través de la acción social de responsabilidad y de la indemnización por daños y perjuicios del art. 172.2.3º LC, lo cual debe ser tenido en cuenta por el juez del concurso. De tratarse de los mismos daños, claramente la indemnización por vía concursal sería superflua, no obstante, pueden referirse a daños causados diferentes¹⁰⁹. Sin perjuicio de esto último, nos preguntamos qué sentido tiene entonces prever la indemnización por daños y perjuicios y la responsabilidad concursal, existiendo la acción social de responsabilidad que abarca más supuestos y posee menos limitaciones para ser apreciada. Buen ejemplo de ello es que, dado que la indemnización derivada de la responsabilidad se dirige a la cobertura de los créditos concursales insatisfechos, de haberse causado otra índole de perjuicios a los acreedores, estos podrán hacer uso de las acciones societarias.

Ni siquiera aunque la administración concursal pueda simplemente no ejercer la acción social al verificarse los presupuestos de la responsabilidad concursal o aunque sea el mismo juez concursal el que establezca la indemnización para tales vías y, por tanto, pueda tener en cuenta su concurrencia a la hora de cuantificar las indemnizaciones, ello supone una mayor carga de trabajo innecesario y una agravación injustificada de la responsabilidad civil de los administradores. La imposición de la responsabilidad concursal, como agravante de la responsabilidad de los administradores, podría tener sentido y convivir con el régimen societario en aquellos supuestos que el juez concibiera como más graves y que se fundaran en una “justificación añadida” y suficientemente motivada, como se venía haciendo en el caso de la responsabilidad concursal como responsabilidad por deudas.

Ahora bien, si hilamos más fino, en realidad el mantenimiento de ambos regímenes en el marco concursal es disparatado y exacerbado. Una solución más adecuada habría sido que la LC adaptara la responsabilidad social a las peculiaridades del procedimiento concursal o que estableciera su propio régimen de responsabilidad excluyendo el

¹⁰⁹ BLASCO, F., *op. cit.*, p.81.

régimen societario, independientemente de que la responsabilidad concursal sea de naturaleza resarcitoria o sancionadora.

10. Conclusiones

Desde la redacción original de la responsabilidad concursal, esta ha pecado de ambigüedad y oscuridad debido a su defectuosa redacción, no habiéndose solventado pese a las diversas reformas. Entre sus vaguedades ha destacado la de la determinación de la naturaleza de la responsabilidad concursal, no siendo una cuestión puramente dogmática sino de gran relevancia práctica, en aras de la seguridad jurídica y de la equidad en el trato a los administradores y demás condenados. Esto es así dado que, en función de su naturaleza, el régimen jurídico aplicable y, especialmente, los criterios que los jueces podrán emplear para determinar quiénes son responsables concursales (ámbito subjetivo), por qué parte de los créditos fallidos pueden ser condenados a cubrir (ámbito objetivo o cuantitativo) y en qué medida se reparte la condena entre ellos, serán los propios de una responsabilidad-indemnización o de una responsabilidad-sanción, habida cuenta de que la LC concede al juez un gran margen de discrecionalidad en este punto.

El mero hecho de entender el nexo causal como un requisito de la responsabilidad concursal es determinante. Así pues, dependiendo del tipo de naturaleza de la responsabilidad, los jueces examinarán los hechos de una u otra forma, llevando a pronunciamientos distintos, por ejemplo, si en la conducta del administrador no se puede probar el nexo causal, un juez que abogue por la responsabilidad-resarcitoria no condenará en ningún caso (ni aun cuando haya fallido concursal y concurra alguna de las conductas de los arts. 164.2 o 165), en cambio, un juez que respalde la responsabilidad por deudas podrá condenar en la medida que se verifiquen los criterios subjetivos y objetivos. Por ello, es necesario que los jueces empleen un mismo concepto de responsabilidad concursal, con unos caracteres comunes y que sean coherentes con la voluntad del legislador, tal y como refleja la construcción normativa de los supuestos de responsabilidad. Si bien parece que el añadido al art. 172 *bis* por el Real Decreto-Ley 4/2014 impone el nexo causal como presupuesto y el carácter resarcitorio de la responsabilidad por déficit, las incompatibilidades que conlleva este añadido

manifiestan que aquel se trata de un “cuerpo extraño” que el propio organismo concursal rechaza.

Por un lado, la responsabilidad concursal sitúa en el marco de la calificación culpable, la cual es de naturaleza sancionadora por el incumplimiento de deberes de gravedad, por tanto, lo lógico es que aquella también respondiera a tal naturaleza, cobrando sentido su relación con el sistema de presunciones, que recoge las conductas más reprochables. En cambio, el carácter resarcitorio es incompatible, a todas luces, con los arts. 164.2 y 165. Las conductas que estos describen son, precisamente, las más graves y alejadas de la diligencia esperable en cualquiera administrador, pudiendo causar grandes perjuicios a la sociedad, de ahí que la concurrencia de alguna de estas conductas determine la calificación automática del concurso como culpable sin necesidad de ulteriores requisitos (salvo en el caso de una presunción del art. 165, que admite prueba en contrario). Por tanto, estamos ante conductas que responden a un fundamento más sancionador que resarcitorio y que no están pensadas para establecer un nexo causal, dada la dificultad de la prueba. Incluso, en relación con la cláusula general de concurso culpable, esta ya exige un nexo causal, con lo cual la responsabilidad concursal carecería de esa “justificación añadida” a la que los tribunales habían venido haciendo referencia. Es decir, de calificarse el concurso de culpable en base al art. 164.1, ya se habría probado el nexo causal y se desencadenaría automáticamente la condena de la responsabilidad concursal, en contra de la expresión “podrá” del art. 172 *bis*, sirviendo el nexo causal como un mero criterio de graduación de la condena pero no como una justificación añadida.

En conexión con lo anterior, la propia literalidad del art. 172 *bis* contradice la tesis resarcitoria, puesto que se hablaría de una obligación y no de una facultad por parte del juez para imponer la cobertura del déficit en cuanto que la conducta de los administradores causara un daño a los acreedores, en concreto, el impago de sus créditos tras la liquidación. También el tipo de sujeto sobre el que puede recaer la responsabilidad concursal y las conductas previstas en las presunciones inducen a pensar que el fundamento tras su elección no es otro que el sancionador, ostentado aquellos unos deberes para con la sociedad concursada. Por otro lado, tampoco tiene sentido la existencia de una responsabilidad concursal resarcitoria existiendo tanto en el régimen concursal (la indemnización del art. 172.2.3º) como en el societario (la acción social) instrumentos para reparar el daño causado por los administradores con una

mayor amplitud, lo que podría dar lugar a una triple condena de estos por unos mismos hechos.

Todo ello nos induce a pensar que, en realidad, el añadido al art. 172 *bis* por el Real Decreto-ley 4/2014 no pretendía solventar de forma definitiva la naturaleza de la responsabilidad concursal. Si el fin de tal Decreto-ley era permitir el alivio financiero o desapalancamiento, ello se lograba con la ampliación subjetiva que abarca a los socios que incumplen su deber de capitalización pero no con la caracterización de la responsabilidad concursal, con lo cual es posible que se haya malinterpretado el añadido. Entonces este añadido podría tener otro fin, como limitarse al caso de los socios o que, simplemente, sea un criterio de graduación disponible para el juez pero que coexiste con los otros señalados en el artículo y con los que tradicionalmente han empleado los tribunales. En vista de las incongruencias que provoca defender la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad concursal, cualquiera de estas explicaciones tiene más sentido.

Asimismo, solo se impondría la responsabilidad concursal en caso de probar el nexo causal entre la conducta y la generación o agravación de la situación de insolvencia, lo cual deja la puerta abierta a supuestos de inseguridad jurídica e incluso de impunidad en muchos casos, especialmente en los supuestos de las presunciones concursales, cuya prueba de la relación causal reviste de una considerable complejidad. En realidad, dada la dificultad para probar el nexo causal y la evidente necesidad de proteger intereses particulares y generales con la condena del art. 172 *bis*, es lógico que el legislador opte por no exigir la relación de causalidad como requisito de la responsabilidad concursal, pues, como sucedía en muchas sentencias del Tribunal Supremo, el nexo causal no se había probado, lo cual alegaban los recurrentes. Sea como fuere, la regulación de la responsabilidad concursal, pese a las numerosas modificaciones, sigue necesitando una verdadera reforma meditada, razonable y coherente con el propio texto concursal y con el Derecho de Sociedades, para lo cual se deberá tener en cuenta las consecuencias que una u otra naturaleza conllevan y abordarlas de forma directa, en lugar de dejar a los tribunales la labor de desentrañar y coordinar las incongruencias del legislador.

11. Bibliografía

11.1 Legislación

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, «BOE» de 10 de julio de 2003

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «BOE» de 3 julio de 2010.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, «BOE» de 11 de octubre de 2011.

Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, «BOE» de 8 de marzo de 2014.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, «BOE» de 1 de octubre de 2014.

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, «BOE» de 26 de mayo de 2015.

Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, de 6 de marzo de 2017.

11.2 Jurisprudencia

11.2.1 JUZGADO DE LO MERCANTIL Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

SJM núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, sentencia núm. 13/2006 (AC 2006/238)

SJM núm. 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2006, sentencia núm. 137/2006 (AC 2007/204)

SJM núm. 14 de Granada de 17 de octubre de 2006, sentencia núm. 242/2006 (JUR 2007\3884)

SJM núm. 5 de Madrid de 5 de diciembre de 2006, sentencia núm. 116/2006 (JUR

2007/368551)

SJM núm. 1 de Madrid de 16 de enero de 2007, sentencia núm. 49/2004 (AC 2007/857)

SJPI de Jaén de 21 de mayo de 2007, sentencia núm. 35/2007 (JUR 2011/272958)

SJM núm. 1 de Alicante de 13 de enero de 2011, sentencia núm. 11/2011 (AC 2011/37)

SJM núm. 1 de Murcia de 24 de junio de 2015, sentencia núm. 213/2015 (JUR 2015/279233)

SJM núm. 1 de Santander (Provincia de Cantabria) de 16 de mayo de 2017, sentencia núm. 158/2017 (JUR 2017/125287)

SJM de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) de 30 de junio de 2017, sentencia núm. 167/2017 (JUR 2017/ 235722)

SJM núm. 6 de Madrid de 13 de diciembre de 2017, sentencia núm. 160/2013 (AC 2018/46)

11.2.2 AUDIENCIA PROVINCIAL

AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 6 de febrero de 2006, auto núm. 48/2006 (JUR 2006/242022)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de marzo de 2007, sentencia núm. 173/2007 (JUR 2007/4821)

SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2007, sentencia núm. 92/2007 (JUR 2007/212442)

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008, sentencia núm. 31/2008 (AC 2008\834)

SAP de Jaén (Sección 1ª) de 10 de marzo de 2008, sentencia núm. 55/2008 (JUR 2008/227040)

SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de marzo de 2008, sentencia núm. 57/2008 (JUR 2008/216841)

SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 26 de junio de 2009, sentencia núm. 313/2009 (AC 2009/1742)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de septiembre de 2009, sentencia núm. 305/2009 (AC 2009/2002)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 23 de abril de 2012, sentencia núm. 154/2012 (JUR 2012/176693)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 22 de octubre de 2014, sentencia núm. 342/2014 (JUR 2014/283141)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de enero de 2015, sentencia núm. 1/2015 (JUR 2015\11395)

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 17 de mayo de 2017, sentencia núm. 209/2017 (JUR 2017/161651)

11.2.3 TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de marzo de 2007, sentencia núm. 261/2007 (RJ 2007/1793)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de febrero de 2008, sentencia núm. 55/2008 (RJ 2008/2664)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de febrero de 2009, sentencia núm. 79/2009 (RJ 2009/1364)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de abril de 2009, sentencia núm. 240/2009 (RJ 2009/2897)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 de febrero de 2011, sentencia núm. 56/2011 (RJ 2011/2475)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de septiembre de 2011, sentencia núm. 615/2011 (RJ 2011/6416)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de octubre de 2011, sentencia núm. 644/2011 (RJ 2012/ 1084)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de noviembre de 2011, sentencia núm. 614/2011 (RJ 2012/3368)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de enero de 2012, sentencia núm. 994/2011 (RJ 2012/3649)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de marzo de 2012, sentencia núm. 142/2012 (RJ 2012/5265)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de abril de 2012, sentencia núm. 259/2012 (RJ 2012/5910)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de mayo de 2012, sentencia núm. 298/2012 (RJ 2012/6537)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de junio de 2012, sentencia núm. 368/2012 (RJ 2012\8009)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de julio de 2012, sentencia núm. 501/2012 (RJ 2012/9330)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2012, sentencia núm. 669/2012 (RJ 2013/1614)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2012, sentencia núm. 721/2012 (RJ 2013/2405)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2014, sentencia núm. 737/2014 (RJ 2014\6885)

STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 12 de enero de 2015, sentencia núm. 772/2014 (RJ 2015/609)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de marzo de 2015, sentencia núm. 108/2015 (RJ 2015\1799)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de mayo de 2015, sentencia núm. 275/2015 (RJ 2015\2237)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de julio de 2015, sentencia núm. 421/2015 (RJ 2015/3512)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2015, sentencia núm. 492/2015 (RJ 2015/3799)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de junio de 2016, sentencia núm. 395/2016 (RJ 2016/2335)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de marzo de 2017, sentencia núm. 203/2017 (RJ 2017/1649)

11.3 Obras doctrinales

ARROYO, I. y MORRAL, R., “La calificación del concurso”, *Teoría y práctica del derecho concursal. Examen de la ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, 2014, pp. 171-175.

BLASCO, F., *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Valencia, 2007.

FUENTES, R., “La calificación concursal en caso de convenio. Especial referencia a los supuestos de incumplimiento de convenio e insolvencia sobrevenida”, *Anuario de derecho concursal*, 2017, N° 42, pp. 11-42

GARCÍA, D., “La última reforma de la Ley Concursal operada por el RD-Ley 4/2014: otra modificación concursal a “golpe” de Decreto-ley”, *RJUAM*, 2014, N° 30, pp. 79-127.

GARCÍA-CRUCES, J.A., “La calificación del concurso y responsabilidad derivadas”, *Jurisprudencia y concurso*, [GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.)], Valencia, 2017, pp. 1398-1430.

HERNADO, J., “La responsabilidad concursal”, *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, [GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.)], Barcelona, 2013, pp. 81-265.

IRIGOYEN, D., Reforma Concursal del RD Ley 4/2014 relativa a la responsabilidad concursal por el déficit (art. 172 bis LC), 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/reforma-concursal-del-rd-ley-4-2014-relativa-a-la-responsabilidad-concursal-por-el-deficit-art-172-bis-lc.pdf>.

MARÍN, F., “Artículo 172 bis”, *Comentario a la Ley Concursal*, [PULGAR, J. (Dir.)], Madrid, 2016, pp. 1837-1868

MARTÍNEZ, M., “La responsabilidad concursal”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, N° Extra 1, pp. 667-705.

MORALES, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Valencia, 2013.

PARDO, M., “El elemento de la causalidad en la responsabilidad concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 931, de 22 de junio de 2017, p. 7.

RADOVANOVIC, B., Responsabilidad concursal de los administradores de hecho ex art. 172.3 LC (actual 172 bis LC), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 102, 2016, <http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=5166&pub=Publicacion&tipo=es>

RECAMÁN, E., *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Pamplona, 2016

RIBELLES, J. M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2014, N° 2, pp. 215-221

RONCERO, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2007, N° 7, pp. 143-165.

SANCHO, I., “Calificación del concurso”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles* [VILATA, S. (Dir.)], Madrid, 2005, pp. 161-213.

VEIGA, A., y MARTÍNEZ M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2018, N° 28, pp. 17-36.

VIÑUELAS, M., “Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2016, N° 24, pp. 307-320.