

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
DEPARTAMENTO DE CIENCIA JURÍDICA. ÁREA DE DERECHO MERCANTIL
GRADO EN DERECHO



**LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SECCIÓN DE
CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Junio – 2015

AUTOR: Lucía Picó Catalá

TUTOR: José Carlos Espigares Huete

LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

RESUMEN/ABSTRACT	3
ABREVIATURAS	4
I. PREÁMBULO	5
II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	7
A) Introducción.....	7
B) Supuestos	10
1. Regla general: concurso culpable.....	10
2. Presunciones de concurso culpable <i>iure et de iure</i>	12
3. Presunciones de concurso culpable <i>iuris tantum</i>	21
III. TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN	26
A) Formación.....	26
B) Tramitación.....	33
IV. SUJETOS RESPONSABLES.....	38
A) Las personas afectadas por la calificación	41
B) Los administradores y los liquidadores.....	42
C) Los apoderados generales	57
D) Los cómplices	58
E) Posible inclusión de los socios.....	61
V. RESPONSABILIDAD Y SANCIONES DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES.....	61
VI. CONCLUSIONES	70
VII. BIBLIOGRAFÍA. FUENTES CONSULTADAS	74
A) Bibliografía	74
B) Legislación.....	78
C) Jurisprudencia.....	79
a) <i>Audiencia Provincial</i>	79
b) <i>Tribunal Supremo</i>	80
c) <i>Tribunal Constitucional</i>	80
d) <i>Juzgados</i>	80
D) Páginas Web	81

RESUMEN/ABSTRACT

Breve resumen

En el presente trabajo se intenta analizar la responsabilidad de las personas afectadas por la calificación del concurso de acreedores. Así dependerá en un primer momento de la calificación que se le dé al concurso para saber si hay responsabilidad o no de estas personas. De tal forma que si el concurso se declarase fortuito no existiría responsabilidad y, para el caso que se declarara culpable, y tras la reforma operada en el Real Decreto – Ley 4/2014 de 7 de marzo, habrá que determinar si la conducta del concursado en la generación o agravación del estado de insolvencia está sujeta a dolo o culpa grave para declarar la responsabilidad, y la cual está sujeta también a que exista una relación de causalidad entre la conducta con dolo o culpa grave y la producción o agravación de la insolvencia del deudor.

Abstract

The aim of this study is to analyze the responsibility of those affected by bankruptcy. Firstly, this situation will depend on the qualification of the bankruptcy. After that, it will be time to declare these people's responsibility. On the one hand, if the bankruptcy was declared fortuitous, there would be no responsibility. On the other hand, if the bankruptcy was qualified as guilty, and taking the Real Decreto - Ley 4/2014 of march, 7th into account, in order to declare any kind of responsibility, it will be necessary to establish if the party's behaviour in the creation or worsening of the insolvency is due to malice or guilt. And which it is also subject to the existence of a causal link between the conduct with malice or gross negligence and manufacture or aggravation of the insolvency of the debtor.

ABREVIATURAS

ART	Artículo
AP	Audiencia Provincial
LC	Ley Concursal
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
R.M	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo



I. PREÁMBULO

En el presente estudio se pretende abordar la responsabilidad existente una vez haya sido calificado el concurso, pues dependerá de la calificación que se le dé a este para que se pueda resarcir a los acreedores con patrimonio distinto del concursado y mediante otras vías.

Aunque no existe una definición del proceso concursal en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, podríamos definirlo como el procedimiento judicial que pretende dar solución a la insolvencia del deudor, con la finalidad esencial de satisfacer a los acreedores. La Ley Concursal lo configura como un procedimiento de reestructuración empresarial, que tiene como fin principal la continuidad de la empresa o de la actividad profesional, por lo que fomenta siempre la consecución de un convenio como solución normal del concurso y contemplando la liquidación de la empresa cuando la continuidad de esta es imposible.

En este trabajo no se pretende analizar si puede dar lugar o no a la continuidad de la empresa, si se ha aprobado o no un convenio, si se liquida o no la empresa sino que lo único que se pretende en todos los supuestos es ver la responsabilidad que pudiere tener tanto el concursado como sus representantes legales, apoderados, liquidadores o cualquier otra persona relacionada con el concurso.

La legislación concursal instaura los principios de unidad legal de disciplina y de sistema, es decir, la regulación en un único texto de todos los aspectos del concurso.

El procedimiento concursal se desarrolla en dos fases: (a) la fase común que tiene por objeto la formación de la masa activa y pasiva del concurso. La masa activa está integrada por la totalidad de los bienes y derechos del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, con excepción de los inembargables. La masa pasiva se compone por la totalidad de los créditos contra el deudor que no sean créditos contra la masa; y (b) la fase de convenio y/o liquidación, concluida la fase común, el concurso puede desembocar en un convenio con los acreedores cuyo contenido puede ser una quita y/o espera, o bien en la liquidación que consiste en la realización de los bienes del deudor común y pago a los acreedores hasta donde alcance el importe obtenido, todo ello conforme a las preferencias que correspondan a los créditos.

Además de las proposiciones de quita y/o espera, en el convenio también se podrá incluir propuestas alternativas para todos o alguno de los acreedores, entre los que quedan excluidos los acreedores públicos. Estas propuestas alternativas pueden introducir la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, créditos participativos, préstamos con interés capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero siempre y cuando tenga un rango, vencimiento, o características distintas a la deuda original. Asimismo, también podrán incluirse en el convenio proposiciones de enajenación; bien del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, o bien a la enajenación de determinadas unidades productivas, incluyendo estas necesariamente la asunción de la continuidad de la actividad propia de la unidad productiva que afecta la enajenación.¹

Para nosotros, la única que tiene trascendencia, aunque no sea objeto de estudio, es la fase de convenio y/o liquidación, pues es a partir de estas donde nos encontramos con la sección de calificación (sección sexta), que es la que nos interesa en orden a determinar las personas responsables y su responsabilidad.

Esta sección, tanto en su procedimiento como en sus efectos así como la responsabilidad de los partícipes y/o causantes de la insolvencia, se encuentra regulada en el Título VI “de la calificación del concurso” de la Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal, y se limita a supuestos muy concretos:

1. Mediante la aprobación de un convenio gravoso para los acreedores en función de la cuantía de la quita o la duración de la espera;
2. Cuando se aperture la fase de liquidación.

La calificación del concurso necesariamente deberá ser como fortuito o como culpable, reservándose la calificación de culpable para los casos en que mediare dolo o culpa grave de las personas que generen o agraven el estado de insolvencia, es decir, deudor, representantes legales, administradores o liquidadores, etc., y por ende como fortuito en el resto de los casos.

¹ Artículo 100 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

La ley establece para el concurso culpable dos presunciones: presunciones *iure et de iure* o presunciones *iuris tantum*.

Solamente la calificación de concurso como culpable tiene consecuencias para los responsables, limitándose estos efectos únicamente a la esfera civil sin trascender a la penal ni constituir prejudicialidad para la persecución de conductas que pudieran ser constitutivas de delito.

La sentencia de calificación del concurso debe determinar las personas que pudiesen ser culpables de esta situación, encontrándose entre ellos a los administradores y/o liquidadores, tanto de hecho como de derecho, a los apoderados generales o de quienes hubiesen tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, así como cualquier otra persona que pudiese ser causante de la insolvencia o agravase tal estado.

II. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

A) Introducción

La calificación del concurso viene regulada en la Ley Concursal en su Título VI, “de la calificación del concurso”, determinándose en su capítulo I las disposiciones generales y, en el capítulo II la sección de calificación, tanto su formación como su tramitación.

La finalidad de la sección sexta es calificar el concurso como fortuito o culpable, y en este último supuesto determinar las personas afectadas por la calificación y, en su caso, los cómplices, estableciendo una serie de pronunciamiento sobre los efectos personales y patrimoniales que la declaración culpable del concurso conlleva.²

La formación de la sección de calificación es la regla general dentro del concurso, así se establece en el artículo 167 de la Ley Concursal.

La Ley Concursal a través de esta sección pretende determinar las causas que han llegado a generar o agravar la situación de insolvencia y, en su caso, a identificar a

² STC AP Álava, Sección 1ª, 5 de Julio de 2012, nº 385/2012

las personas responsables en esta agravación o generación de la insolvencia e imponerle, en su caso, la correspondiente condena.

Hasta la reforma operada por el Real Decreto – Ley 4/2014, en muchos casos se encontraba a medio camino entre la sanción civil y la indemnización por daños ocasionados por tal conducta, pero tras la reforma operada ha pasado a corresponderse con una responsabilidad por deuda ajena en la cual la persona afectada por la calificación responderá de conformidad y en proporción a la conducta que haya agravado o generado la insolvencia.

Por tanto, la calificación es la pieza del procedimiento concursal que se dirige a, en primer lugar, determinar el grado de participación e imputabilidad de las personas afectadas por la calificación en la insolvencia de la empresa y, en segundo lugar, a calificarlo bien como culpable o bien como fortuito.

*“El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera medida dolo o culpa grave...”*³

En el caso en que no pueda ser calificado como culpable el concurso será calificado como fortuito.

El concurso fortuito no genera ninguna consecuencia jurídica desfavorable para el concursado persona natural o jurídica o para los responsables de la persona jurídica, pudiendo llegar incluso a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Así, aunque el artículo 178.2 de la Ley Concursal establece que los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa el deudor persona natural quedará responsable de los créditos restantes. El artículo 178 bis de la misma ley establece que podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho cuando se den una serie de condiciones establecidas en este artículo, instaurando como primer requisito que el concurso no haya sido declarado culpable y, por tanto, conforme a la dicción del artículo 163.1 de la ley y, por excepción al de culpable se califica como fortuito.

³ Artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

Como caracteres que rodean la calificación concursal podemos decir, en primer lugar, que es una sección del procedimiento concursal en el que son parte sin necesidad de comparecencia en forma el deudor, los administradores concursales y el Ministerio Fiscal (artículo 184.1 LC), pero además se podrán unir cualquier persona que tengan interés legítimo en el concurso, y así viene determinado en el apartado cuarto del artículo 184 de la Ley Concursal.

El impulso de la formación de esta sección sexta viene determinado por la resolución judicial que pone en eficacia la solución del concurso. Y, así esta formación de la sección sexta⁴ se ordenará en la misma resolución judicial en la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación.

Estará encabezada con el testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de la declaración del concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración del concurso y el informe de la administración concursal.

Aunque la formación de esta sección sea impuesta por la ley, por excepción, no procede la formación de la sección sexta cuando tengan lugar la aprobación judicial de un convenio en la que para todos los acreedores se establezca una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que este convenio resulte incumplido, momento en que si que se reabrirá la sección sexta.

Esta sección de calificación y las consecuencias jurídicas a las que pudiese dar lugar quedan reservadas a los supuestos en que se reflejen una situación económica en el concursado o en el deudor, en el que existe una gran probabilidad de causar una mayor grado de insatisfacción entre los acreedores: la liquidación y los convenios especialmente gravosos siendo estos los que se establece una quita superior al tercio de sus créditos o una espera superior a los tres años.

Junto a estos supuestos de la apertura de la sección de calificación, hemos de mencionar el supuesto específico contemplado en el artículo 174 de la Ley Concursal en los cuales tras la adopción de medidas administrativas que comportan la liquidación o

⁴ Artículo 167 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, modificado por Real Decreto – Ley 11/2014, de 5 de Septiembre, de medidas urgente en materia concursal.

disolución de una entidad, y excluye la posibilidad de declarar el concurso, la sección de calificación siempre se apertura de forma autónoma y sin la previa declaración del concurso.

A nuestro criterio, la referencia a un plazo de espera superior o inferior a los tres años, aunque si bien es un límite objetivo que puede ser válido para determinar si se abre o no la pieza de calificación, consideramos que no es del todo acertada puesto que habrá que ir a cada caso concreto para determinar si se pudiese considerar ese plazo de tres años como especialmente gravoso.

Para el caso de la reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio, para determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades que dieran lugar se procederá de una de estas dos formas:

- En el caso de que se hubiere dictado Auto de archivo o Sentencia de calificación en la resolución judicial que se acuerde la apertura de la liquidación por el incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección.
- En cualquier otro caso, la resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación para su tramitación de forma autónoma.

B) Supuestos

El concurso se calificará como fortuito o como culpable, no vinculando la calificación a los tribunales y jueces penales que pudiesen entender de las actuaciones presuntamente delictivas del deudor.⁵

1. Regla general: concurso culpable

Al concurso culpable se refiere el artículo 164 de la Ley Concursal que señala que: *“El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus*

⁵ Artículo 163 modificado por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso”.

De tal forma que, solamente estaremos en presencia de un concurso culpable si el deudor ha causado o agravado el estado de insolvencia, necesitándose además, un requisito adicional para que pueda ser calificado como culpable y que afecta a la conducta, pues es necesario que el deudor haya actuado de forma dolosa o con culpa grave.

Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de Abril de 2007, en la sección 15ª “...*el legislador ha optado por establecer un criterio de atribución de responsabilidad que recae, no en la situación de insolvencia, sino en la valoración de la conducta por el deudor común cuando aquella se produce o agrava”.*

Se está para declarar el concurso como culpable en presencia de un elemento subjetivo, como es la infracción de los deberes que pesan sobre él y que tienden a evitar la causación o agravamiento del estado de insolvencia.

En el caso de que esta conducta esta realizada con infracción de los más básicos o elementales deberes se considerara que la insolvencia está realizada por culpa grave, mientras que si actúa con mala fe y de forma voluntaria respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia se está ante una actitud dolosa.

En el caso de las personas jurídicas, dicha conducta será la realizada por sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Así son requisitos de la calificación del concurso:

- ❖ Conducta del sujeto, tanto por acción como por omisión.
- ❖ Causación o agravación del estado de insolvencia.
- ❖ Concurrencia de dolo o culpa en la conducta del deudor o representante legal y, en el caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho.
- ❖ Relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia.

La dificultad que plantea probar la conducta subjetiva, hace que el legislador establezca una serie de presunciones en los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal, que tienen distinta naturaleza.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 24 de Mayo de 2013, nº 343/2013, recurso 2323/2011, que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de Julio de 2011, la calificación como culpable en el concurso de acreedores, la diligencia del administrador se refiere, en este caso concreto, que el administrador de una sociedad debe desempeñar el cargo con la diligencia de un empresario ordenado y no se comporta así quien gasta más de lo que puede.

2. Presunciones de concurso culpable *iure et de iure*

Se encuentran reguladas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, se trata de presunciones *iure et de iure* y, por tanto, no admite prueba en contrario.

La acreditación de estas circunstancias conlleva necesariamente la calificación del concurso como culpable.

Una vez que se den las circunstancias reflejadas en el artículo 164.2 de la Ley, el concursado no puede oponer la falta de intencionalidad en la causación de los hechos que sirve de base porque la intencionalidad no es elemento relevante para la percepción de la presunción. No cabe en las presunciones *iure et de iure* la excepción de responsabilidad basada en la inexistencia de dolo o de culpa, puesto que las conductas tipificadas son cuanto menos una negligencia grave.

Según el punto VIII de la exposición de motivos de la Ley 22/2003 se trata, “... supuestos que en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza”.

Estas previsiones legales del artículo 164.2 de la Ley Concursal que determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos son porque la propia conducta del deudor o del administrador está dotada de una situación

de opacidad que dificultad y, en la mayoría de los casos, imposibilita la prueba del dolo o negligencia grave.⁶

Supuestos concretos:

1. Irregularidad contable (artículo 164.2.1º LC), falta de llevanza de contabilidad, llevanza de doble contabilidad y comisión de graves irregularidades contables.

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

Con esto se hace referencia a determinadas irregularidades o incumplimientos legales relacionados con el deber de llevanza de contabilidad como sistema exhaustivo de registro, ordenado y sistematizado, de todos los hechos con relevancia económica que incumban a una organización. Por tanto, no es un hecho que afecte a todos los concursados sino solo a los obligados por este deber.

Como dice el profesor José Carlos Vázquez Cueto, esta presunción podría entrar en conflicto con la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 165.3º de la Ley Concursal, por cuanto *“las cuentas anuales forman parte de la contabilidad de un*

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de Noviembre de 2012: *“Como esta sala ha dicho en múltiples resoluciones (sentencia 8 de marzo y 5 de abril de 2012) las conductas tipificadas en el artículo 164.2 determinan, caso de darse cualquiera de ellas, la declaración de culpabilidad del concurso “en todo caso”, es decir, que al igual que el resto de las “presunciones iure et de iure”, la sola concurrencia de la hipótesis de hecho contemplada – además de naturaleza objetiva – provoca que el concurso será calificado como culpable, porque el legislador considera que se trata de comportamientos en los que va ínsito un grado de reproche que exime de la acreditación de otra circunstancia. Y ello porque, como indica la STS 17-11-11: “los supuestos del apartado 2 del artículo 164 LC no lo son de “presunción” de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo releva la expresión inicial “en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes: ...”, por consiguiente cualquiera de las conductas en dicho apartado 2 del artículo 164 determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa (sin perjuicio de la corresponda la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación...”*

sujeto y su no formulación o contenido incorrecto o alejado de la imagen fiel que tienen por objetivo pudieran considerarse un incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad o una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del obligado.”⁷

Así, según el profesor Vázquez Cueto, y con el fin de evitar solapamientos de estas normas se debería de concluir que la presunción *iure et de iure* se corresponde a las infracciones de índole sustantiva que afecten a la contabilidad globalmente entendida y en cuanto supongan un incumplimiento sustancial del deber o irregularidad relevante en el objetivo de demostrar la imagen fiel sobre el patrimonio, la situación financiera y resultados del obligado.

De la misma forma debe de suceder con los incumplimientos «formales» más flagrantes del deber de contabilidad, siempre que impidan efectuar un seguimiento certero de la actividad económica llevada a cabo, como serían los consistentes en no llevar contabilidad (no llevar todos o algunos de los libros obligatorios, ausencia de libro diario), llevarla de forma incomprensible y sin el mínimo respeto a las exigencias relativas a los libros y los asientos (artículos 28 a 30 Código de Comercio) o llevar, al margen de la contabilidad aparente que sirve de base a la preparación y publicación de los estados financieros anuales, otro mecanismo paralelo y encubierto de seguimiento en el que se registren los auténticos movimientos y hechos con trascendencia económica con su verdadera interpretación conforme a las normas contables.

La normativa sobre contabilidad es de gran relevancia porque la finalidad esencial de las disposiciones que ordena la contabilidad es el aportar información fiable de la situación patrimonial de la empresa y de la evolución del negocio, tanto a los socios que la componen como a los terceros que se relacionan con la sociedad. Lo que se pretende evitar es que mediante la práctica de ardidés contables falsear la imagen de solvencia o insolvencia patrimonial que los acreedores tienen en cuenta para contratar con la sociedad.

⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto (Coords.) (2014) “La calificación del Concurso”, en Vázquez Cueto, José Carlos. *Derecho Mercantil. Volumen 10º, Derecho concursal*, Marcial Pons.

Los requisitos necesarios para la aplicación de esta presunción: (A) deudor está obligado a llevar contabilidad; (B) que se cometa alguna irregularidad en la contabilidad; y (C) que esta sea relevante para comprender la situación financiera o patrimonial.

La relevancia de las irregularidades pueden deberse tanto a las que proceden de falsedades contables cometidas por el deudor, por lo tanto una conducta intencional, incluso los supuestos en que el origen de la irregularidad radica en un error, puesto que este error lo que hace es infringir la diligencia debida en la llevanza de los libros contables.

Como dice el artículo 164.2.1 de la Ley Concursal, para que esta presunción entre en juego se requiere que la irregularidad sea “*relevante*”, es decir, importante, notable y significativa. De tal manera, que se produzca tal distorsión de la realidad que impida obtener el verdadero estado económico – patrimonial del deudor; de lo que podemos deducir que un simple error en la contabilidad no tiene suficiente envergadura para calificarlo como culpable pero si este error tiene su origen en la infracción de la diligencia debida en la llevanza de los libros contables que altere sustancialmente la realidad patrimonial es suficiente para ser calificado como concurso culpable.

Al hilo de la irregularidad contable, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de Abril de 2007 indica que la conducta del administrador de reconocer la irregularidad contable en el escrito de solicitud del concurso, al objeto de evidenciar que no existía en su conducta actuación dolosa, no puede aceptarse puesto que el administrador no puede excusar su responsabilidad por el hecho de ser mal asesorado contablemente por sus gestores externos, dado que en última instancia es responsabilidad del administrador la elección de las personas a quienes delega estas funciones, de modo que cuando menos existe una negligencia o culpa *in eligendo* al encargar la tarea contable a quien no debió.

Según indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de Octubre de 2012, la falta de llevanza de contabilidad comprende un incumplimiento de materia contable por cuanto impide determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor, no siendo asimilable a la documentación contable de la sociedad, los listados o documentos que pudieses llevar la sociedad y/o los

administradores y que no correspondan a la técnica contable. Conforme a la normativa mercantil los libros obligatorios son, según el artículo 25.1 del Código de Comercio, el diario y libro de inventarios y cuentas anuales. Como indica este precepto, el libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa, por lo que cualquier listado o documento que no aparezca cumplimentada en este sentido y que no corresponde a la técnica contable hacen necesariamente que el concurso sea declarado culpable.

En cuanto al agravamiento de la situación de insolvencia, la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 5 de Julio de 2012, entiende que la inexistencia de una línea de avales para garantizar la construcción de un piso supone una irregularidad relevante en la contabilidad suficiente para calificar el concurso como culpable ex artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, puesto que la finalidad del aval es garantizar a los compradores de las cantidades entregadas a cuenta para el caso de que una vivienda no se concluya en el plazo convenido o que se resuelva por causa ajena al comprador. Si estas cantidades ingresadas a cuenta por los compradores no se ingresa en una cuenta especial y avalada y diferenciada del resto de cuentas de la sociedad concursada, estas cantidades se confunden con el resto de los recursos de la mercantil, es decir, se mezclan las cantidades entregadas por los compradores con el resto de su capital.

Al confundirse las cantidades, mezclándose los ingresos de los comprados con el capital, implica que la contabilidad de la empresa está alterada por cuanto no se tiene en cuenta la posibilidad de devolverse las sumas entregadas por los comprados como anticipo para la construcción de sus viviendas. Pudiendo dar incluso el supuesto de que cuando entre en concurso al liquidarse entregase esas cantidades queden desviadas para otros fines.

También puede significar, el incumplimiento de esta obligación con los compradores, una agravación de la situación de insolvencia, conforme al artículo 164.1 de la Ley Concursal, puesto que los compradores de la vivienda al no recuperar el dinero entregado tienen derecho además a los intereses legales devengados lo que implica una agravación de la insolvencia.

El Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Victoria, dicto sentencia que fue apelada ante la Audiencia Provincial Álava, sección 1ª, dando lugar a la sentencia dictada el 5 de

Julio de 2012, número 385/2012, en la que se determinó que la dación en pago de solares sobre los que existe compradores de viviendas constituye una agravación del estado de insolvencia. Y esto es así por cuanto que al entregar dichos solares los compradores de viviendas que ven frustradas sus aspiraciones de adquirir un piso al entregar estos solares, sobre los que se iba a construir el piso, a cambio de cancelar la hipoteca. Si entrega la dación en pago y se obtiene un beneficio pero, sin embargo, no se inicia una nueva promoción ni devuelve a los comprados el dinero entregado como anticipo esto es una agravante de insolvencia porque priva a la sociedad de los activos necesarios para cometer otra promoción además de que pueda producir la cancelación de las garantías personales dadas por los administradores.

Para esta sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, la no actualización del valor de los inmuebles puede llegar a constituir una irregularidad bastante para declarar el concurso como culpable, dado que el artículo 164.2 de la Ley Concursal indica que será declarado concurso culpable cuando se cometa alguna irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial. Esta presunción no requiere únicamente la comisión de la irregularidad sino que es necesario que sea relevante, y así lo manifiesta el adjetivo “relevante”.

Con lo cual la irregularidad de la contabilidad ha de ser identificativa, importante o grave, sin justificación, de manera que impida entender la situación patrimonial o financiera del deudor. Es decir, que la irregularidad debe impedir obtener de la contabilidad la información necesaria para valorar la conducta del concursado y la situación de insolvencia, en el caso estudiado por la sentencia considera que a irregularidad resulta relevante al ocultar la verdadera situación de la empresa, puesto que se mantuvieron los valores de la compra de los solares cuando sabían que estos depreciado de una manera importantísima y que, por tanto, debía deducirse del activo de la empresa, como mínimo en la misma proporción. Y todo ello, porque con carácter general, el artículo 38 del Código de Comercio que contiene las reglas de valoración de las cuentas anuales que deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados, recogiendo en su apartado c) el principio de prudencia valorativa, “...este principio obligará a contabilizar solo los beneficios obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio. No obstante, se deberán tener en cuenta todos los riesgos con origen en el ejercicio o en otro anterior, incluso si solo se conocieran entre la fecha de cierre del balance y la fecha en que éste se formule, en cuyo caso se dará

cumplida información en la memoria, sin perjuicio del reflejo que puedan originar en los otros documentos integrantes de las cuentas anuales. Excepcionalmente, si tales riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas. En cualquier caso, deberán tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro en el valor de los activos, tanto si el ejercicio o se salda con beneficio como con pérdida. Asimismo, se deberá ser prudente en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre”.

2. Inexactitud grave de documentos (artículo 164.2.2 LC).

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

Este supuesto alude a un incumplimiento grave que incide sobre el deber de información documental que pesa sobre el deudor y sus representantes en virtud de los artículos 6.2 a 6.5 de la Ley Concursal, y en concreto refiriéndose a:

“2º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

3° *Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.*

4° *Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.*

5° *La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.*

3. *Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:*

1° *Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.*

2° *Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.*

3° *Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.*

4° *En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.*

5. *Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.*”

Y los libros que se deben de poner a disposición de la administración concursal como efecto de la declaración del concurso, artículo 45.1 de la Ley Concursal *“El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.”*

Inexactitud grave de la documentación acompañada del concurso: el hecho de aparecer en la contabilidad anotaciones del importe de diversas deudas que difieren en mucho de la cuantía de los realmente adeudada que junto a los errores e inexactitudes que se cometen de forma premeditada por los administradores de la sociedad es necesario admitir que hubo irregularidades relevantes en la llevanza de la contabilidad que a la hora de calificar como culpable el concurso deba encuadrarse en el artículo 164.2 de la Ley Concursal.

“El artículo 25 del Código de comercio señala la obligatoriedad de llevar contabilidad a los empresarios, contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios; necesariamente debe llevar un libro de Inventarios y Cuentas Anuales y otro diario. Los libros deben ser llevados con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni rapaduras, salvándose a continuación, inmediatamente los errores y omisiones padecidos en las anotaciones contables (artículo 29 del Código de Comercio)”.

"3º. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”. No se refiere a cualquier supuesto de incumplimiento del convenio por el deudor, sino al contemplado en el art. 143.3 de la Ley Concursal, la apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio.

"4º. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte

o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación."

Sustraer bienes a la acción de los acreedores o realizar comportamientos obstruccionistas de los embargos supone en nuestro derecho una de las mayores censuras, que incluso dan lugar a responsabilidades penales, y por tanto, no podía ser de otra manera que fuese una presunción *iuris tantum* de culpabilidad.

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

Nos encontramos en un supuesto que podría tener encaje en el supuesto 4º, pero que se reiteran para que no queden fuera del ámbito de la culpabilidad *iuris tantum* todo tipo de acciones realizadas por el deudor y destinadas a perjudicar a los acreedores.

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

Se trata de cualquier comportamiento realizado por el deudor que tenga la finalidad de proyectar una imagen irreal y que suponga la generación o agravación del riesgo, entendiendo que las acciones que simulen una situación *financiera* quedan fuera de este, pues en este caso de liquidez se referiría a tener o no liquidez, pero no a tener o no suficiencia patrimonial.

3. Presunciones de concurso culpable *iuris tantum*

Las presunciones establecidas en el artículo 165 de la Ley Concursal son *iuris tantum* y, por tanto, admiten prueba en contrario.

Se presume el elemento intencional, dolo o culpa grave, pero sin que se extiendan los efectos de la presunción a la causación o agravación de la insolvencia y a la relación de causalidad, los cuales deben de ser acreditados.

Debe de aportarse la prueba de la existencia de la relación de causalidad entre las omisiones contempladas por el artículo 165 de la Ley Concursal y la generación o agravación de la insolvencia.

“1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.”

Este deber se encuentra recogido en el artículo 5 de la Ley Concursal⁸, pero queda excepcionado para el caso de que el deudor hiciese uso de la posibilidad establecida en el artículo 5 bis de la Ley Concursal de Comunicar dentro de este plazo de dos meses que se han iniciado negociaciones con los acreedores para acordar un acuerdo de refinanciación. En la práctica, podemos decir sin ningún género de dudas que solo ha servido para retrasar la solicitud del concurso un tiempo y evitar el posible inicio de acciones de ejecución en un vano intento de obtener liquidez que en la mayoría de los casos ha sido imposible y que ha generado que al solicitar el concurso se llegase a la inevitable liquidación.⁹

En cuanto a la presunción establecida en el artículo 165.1 de la Ley Concursal del incumplimiento del deber de la solicitud del concurso de acreedores y la relación de causalidad entre la insolvencia y la actuación de la concursada, la sentencia de la

⁸ Artículo 5 de la Ley Concursal: *“Deber de solicitar la declaración de concurso.”*

1. *El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.*
2. *Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.”*

⁹ Artículo 5 bis de la Ley Concursal: *“Comunicación de negociaciones y efectos.”*

1. *El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.*
2. *Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.”*

Audiencia Provincial de Álava de 5 de Julio de 2012, indica que según el artículo 5 de la Ley Concursal, el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debiere conocer su estado de insolvencia, siendo este incumplimiento suficiente para declararlo como culpable.

En el sector inmobiliario, después del periodo alcista que ha sufrido y al estallar la burbuja inmobiliaria en multitud de empresas se ha visto una continua espiral de reclamaciones de los compradores de viviendas que no han llegado a realizarse, y en la que en la mayoría de ellos no han estado avaladas aun sabiendo la obligación que tenían de ello o depositándose en una cuenta especial a tal fin.

Esta reiteración en las reclamaciones, unido a las deudas contraídas por intereses de demoras e intereses de préstamos, acreditan una situación generalizada de insolvencia que normalmente no se genera en los dos meses anteriores a la solicitud del concurso sino que por norma general tienen su origen en un plazo bastante anterior. Por lo que los administradores de estas empresas, han incumplido su obligación de presentar el concurso denotando una falta grave de diligencia por el retraso habido debiendo por tanto, declararse el concurso en base al artículo 165.1 de la Ley Concursal como culpable.

Sin embargo, y como dijimos con anterioridad, al ser una presunción *iuris tantum* cabe prueba en contrario y, por tanto, debe de haber una relación de causalidad entre la insolvencia y la actuación de la concursada. Esta relación de causalidad se puede determinar cómo relación de causalidad siempre y cuando trate de ocultarse por los administradores sociales en su contabilidad, es decir, que conociendo esta situación retrasan la solicitud del concurso agravando o perjudicando a los acreedores.

Y esto es lo que ocurre en las empresas del sector inmobiliario que ante la grave situación financiera decidieron entregar solares a entidades bancarias a quienes debían capital e intereses, se iban desprendiendo de su patrimonio no pudiendo con esta entrega de solares a las entidades financieras acometer promociones, lo que necesariamente redundaba en un agravamiento de la solvencia de la sociedad.

Cuando esta situación se oculta o trata de ocultarse por los administradores en su contabilidad, y en los libros no se refleja esta situación real y el hecho de retrasar la solicitud del concurso perjudica a los acreedores al existir una relación de causalidad

entre insolvencia y actuación, generado todo ello por la culpa grave de los administradores.

"2º. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores."

Este supuesto es complementario del artículo 164.2.2 que establece como presunción *iuris tantum* de culpabilidad el incumplimiento de aportar a la solicitud del concurso de aportar la documentación establecida en el artículo 6, aludiendo el presente a la obligación del concursado establecida en el artículo 42 de la Ley Concursal¹⁰ o en el artículo 64 en cuanto a la colaboración del concursado en cuanto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

Este supuesto contempla de forma expresa como causa de culpabilidad el incumplimiento del deber de asistencia que tiene el deudor a la junta de acreedores, bien de forma personal o bien representado por procurador, deber contemplado en el artículo 117 de la Ley Concursal¹¹, presunción *iuris tantum* que nos parece correcta por cuanto el deudor no puede desentender cuando se ha llegado a la situación de insolvencia.

¹⁰ Artículo 42 de la Ley Concursal: *"Colaboración e información del deudor.*

1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso."

¹¹ Artículo 117 de la Ley Concursal: *"Deber de asistencia.*

1. Los miembros de la administración concursal tendrán el deber de asistir a la junta. Su incumplimiento dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.

2. El concursado deberá asistir a la junta de acreedores personalmente o hacerse representar por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios. El concursado o su representante podrán asistir acompañados de letrado que intervenga en su nombre durante las deliberaciones."

En cualquier caso, la incomparecencia del deudor a la junta de acreedores, en caso de que la hubiera, personalmente o por medio de representante con poderes suficientes, conforme a lo dispuesto por el art. 117.2 Ley Concursal.

"3º. Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso."

Como dice el profesor Vázquez Cueto, este supuesto podría solaparse a la presunción de culpabilidad *iure et de iure* recogida en el artículo 146.2.1º, pero la realidad es que las conductas aquí recogidas *"tienen que ver con incumplimientos formales relativos al proceso de determinación y aplicación del resultado del ejercicio. En concreto, a conductas que pertenecen a la esfera de actuación del órgano de gestión del concursado y que se refieren a las cuentas anuales (no así la propuesta de aplicación del resultado o el informe de gestión), es decir, al contenido más relevante, a efectos del concurso, de todo ese conjunto documental contable: la (no) formulación de las cuentas anuales, su (no) entrega a los auditores de cuentas para su preceptiva verificación y, una vez aprobadas por la junta general, su (no) depósito en el R.M. Las restantes actuaciones pertenecientes a este proceso corresponden a los auditores de cuentas (la verificación) o, en su caso, si tuviera que haberlas, a la junta general (la aprobación de las cuentas y la aplicación del resultado); de ahí que se ignoren aquí. Con todo, son varios los interrogantes que el precepto, como, por ejemplo, si los incumplimientos que se tienen en sideración pueden afectar también a las cuentas anuales consolidadas han de acompañarse a las cuentas individuales en la documentación que de aportar el deudor, ex art. 6.3.4." LC) cuya formulación, entrega a auditores para su verificación, aprobación y depósito registral pueden resultar también preceptivos. O si se reprueba, como parece decirse, la "falta depósito" de las cuentas o, más exactamente, su "falta de presentación" con tal objetivo, teniendo presente que puede haber circunstancias que impidan tal depósito a juicio del registrador competente, una vez presentada en plazo la documentación suficiente según los gestores del concursado; o si no obligación de depositar, pero ni siquiera se ha cumplido la carga de presentar una certificación que justifique la falta de aprobación de las cuentas a efectos de evitar el cierre provisional por ausencia de depósito (arts. 282 TRLSC y 378.5 RRM). Por otra parte, el período que se tiene en*

*cuenta para la fijación del supuesto (tres últimos ejercicios) coincide con el que se toma por base para el deber de presentación de la documentación adjunta a la solicitud concurso ex art. 6.3.1." LC."*¹²

III. TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

A) Formación

Conforme al artículo 167 de la Ley Concursal, la formación de la sección sexta denominada de la calificación, debe de ordenarse en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

Sin embargo, y por excepción, la formación de la sección de calificación no procede cuando se apruebe judicialmente un convenio con una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

Esta sección se encabezará con el testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración.

Para el supuesto que se tuviese que reabrir la sección de calificación porque el concursado hubiese incumplido el convenio; se debe de proceder de dos maneras a los efectos de determinar causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar, y así:

- ✚ Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la

¹² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto (Coords.) (2014) “La calificación del Concurso”, en Vázquez Cueto, José Carlos. *Derecho Mercantil. Volumen 10º, Derecho concursal*, Marcial Pons.

sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

- ✚ En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este capítulo que le sean de aplicación.

En esta sección de calificación pueden personarse, y de conformidad al artículo 168 de la Ley Concursal, en el plazo de diez días desde que se dicte la resolución que acuerde la formación de esta sección, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo y ser parte en esta sección.

La personación deberá ser por escrito y alegar en ella todo lo que considere con relevancia para la calificación del concurso.

Para los casos de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del plazo de diez contados desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la reapertura de la sección de calificación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

La legitimación para ser parte en esta sección y, por tanto, participar de forma activa en el incidente a que pueda dar lugar se atribuye con un criterio flexible y amplio, basado en la presencia de un interés legítimo.

El caso más normal es el del acreedor concursal, pero también caben otros titulares de créditos contra la masa, socios subsidiariamente responsables de las deudas del concursado o incluso socios de la sociedad de capital concursada, y esto es así porque durante el concurso, o en las fechas próximas a su declaración puede producirse cambios en las personas de los órganos de gestión.

Por ello, aunque ni la sociedad concursada ni sus socios pueden pretender que las condenas derivadas de la declaración de culpabilidad reviertan directamente sobre el patrimonio social (sino, más exactamente, sobre la masa activa, en la medida en que sea preciso para atender los créditos contra la masa y los concursales); sí que pueden

conseguir mediante la sentencia que ordene la restitución de bienes y derechos a dicha masa y la pérdida de los condenados a cualquier derecho que tuvieran sobre la misma (artículo 172.2.3º Ley Concursal), que finalmente hubiera un remanente en la sociedad que, atendidos los créditos no reconocidos en el concurso que quedaran, en su caso, resultaría neto y dedicado de pleno al cumplimiento del interés social o al reparto a los socios en concepto de cuota de liquidación, o el interés en eliminar toda posibilidad de que continúen o vuelvan a gestionar la sociedad los administradores inhabilitados.

La Ley permite también la intervención de estos sujetos, los enumerados anteriormente, como interesados en que se produzca la declaración de culpabilidad, previendo la ley que comparezcan no en concepto de demanda, sino al objeto de formular alegaciones a los efectos de que los puedan tener en cuenta tanto la administración concursal y el Ministerio Fiscal al evacuar sus conclusiones sobre el asunto. Puesto que si el administrador concursal y el Ministerio Fiscal coinciden en que el concurso no deba ser calificado como culpable, la ley ordena el archivo de las actuaciones sin permitir siquiera el recurso por parte de estos interesados (artículo 170.1 Ley Concursal).

Las alegaciones pueden contener una exposición de los antecedentes de hecho que se consideren, deben tenerse en cuenta para la declaración de culpabilidad (con la proposición y acompañamiento, en su caso, de los instrumentos probatorios pertinentes para acreditarlos), una fundamentación jurídica que explique los motivos por los que debe condenarse a determinados sujetos o que los hechos que concluyen son constitutivos de las presunciones establecidas en los artículos 164.2 o 165 de la Ley Concursal, una indicación de la cuantía o los criterios para la determinación de los daños y perjuicios que se consideren causados por los sujetos que se persigue condenar, del grado de participación de cada uno en los hechos determinantes de la culpabilidad, a efectos de la cobertura del déficit, etc.

Además de la personación de los acreedores y de los interesados, en esta sección debe de realizarse el informe por parte de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, todo ello acorde al artículo 169 de la Ley concursal.

El informe de la administración concursal deberá presentarse al juez en el plazo de los quince días siguientes al de la expiración del plazo para personación de los

interesados. Este informe deberá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso con una propuesta de resolución.

Si la propuesta es calificar el concurso como culpable, este informe necesariamente debe de expresar las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas a las que deba afectar la calificación y los cómplices.

Dicho informe tiene un contenido predispuesto por el artículo 169.1º de la Ley Concursal, que puede dividirse en dos grandes apartados:

En primer lugar han de indicarse “*los hechos relevantes para la calificación del concurso*”, en caso de que estimen que los hay.

No es preciso que se funden en los hechos considerados trascendentes a tal efecto en los escritos presentados por los interesados legítimos, ni siquiera que se haga referencia ellos en este informe. La administración concursal tiene los mejores elementos de juicio para advertir si hay o no dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, al poseer de primera mano toda la información que se precisa. La ley facilita tal conclusión mediante las presunciones que entran en juego.

Así, en el artículo 164.2 de la Ley Concursal se recogen las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad del concurso, de tal suerte que, produciéndose alguno de los hechos allí establecidos y tasados la conclusión del informe y, por tanto, la sentencia del juez deberá de ser necesariamente de culpabilidad de concurso.

En el artículo 165 de la Ley concursal se establecen las presunciones *iuris tantum* de “existencia de dolo o culpa grave”. Probado los hechos enumerados en este artículo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que concurre la conducta dolosa o con culpa grave que da lugar a un concurso culpable, además de probar como elementos imprescindible según el artículo 164.1 de la Ley Concursal la relación de causalidad entre la conducta del deudor y la causación o agravación de su insolvencia.

Aunque debamos de insistir en la interpretación restrictiva de todos estas presunciones, recogidas en el artículo 164.2 y 165 de la Ley Concursal, merecen una

atención más detallada al ser un auxilio fundamental para la declaración de culpabilidad de los concurso, atención que ya hemos prestado en el epígrafe anterior.

En segundo lugar, el informe debe incluir una “*propuesta de resolución*” de la sección de calificación del concurso, y esta propuesta debe consistir en la declaración del concurso como fortuito o como culpable, tal y como determina el artículo 163 de la Ley Concursal.

Para el caso de que la calificación del concurso sea culpable, el informe necesariamente debe expresar una serie de indicaciones que vienen señaladas en el artículo 169.1 de la Ley Concursal:

- a) “...*la identidad de las personas a las que deba afectar a la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa...*”.

Lógicamente esa identidad de las personas, que pueden sufrir las consecuencias de la declaración de culpabilidad, deben de estar perfectamente determinadas con sus datos. Además, la ley los divide en dos grupos determinados según su grado de participación en los hechos que han determinado la calificación, lo que deberá de fundamentar la administración concursal para incluirlo en cada uno de esos grupos que no son otros que, por un lado, las personas afectadas por la calificación y, por otra parte, los cómplices.

Evidentemente ambos grupos pueden recaer sobre personas físicas o jurídicas pero el deudor persona jurídica nunca podrá ser “*una persona afectada por la calificación*” ni cómplice en su propio concurso sino que esta calificación se dará a los representantes de la persona jurídica. Lo que es cierto, como se verá más adelante, serán catalogadas como “*personas afectadas por la calificación*” las personas a quienes se acredite una participación decisiva en tales hechos, y reservándose la catalogación como cómplices a quienes “*...con dolo o culpa grave, hubieren cooperado con el deudor o, si los tuviere y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.*”¹³ En

¹³ Artículo 166 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

este artículo no se determina que grado de participación o de cooperación deben de tener los cómplices bien si debe ser una cooperación elevada o si basta una culpa leve al objeto de ser considerados como cómplice. Atendiendo al profesor Vázquez Cueto, se piensa que está reservada esta calificación fundamentalmente a las personas próximas a la gestión del concursado, como por ejemplo los contables, o a terceras personas que sean prestado a simular como terceros contratos para llevar actuaciones fraudulentas u otras actuaciones perjudiciales para la masa activa del concurso, hechos todos ellos que determinan la culpabilidad. Para el profesor llama la atención que no se haga alusión a una eventual colaboración con quienes hubieran sido gestores o apoderados generales del concursado durante los dos años previos a la fecha de declaración de concurso, aunque probablemente se trate de un olvido sin mayor repercusión, por quedar cubierto por la descripción misma de la figura, en todo momento vinculada a las “*personas afectadas por la calificación*” y a los hechos que causan la culpabilidad.

- b) “... *la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.*”

En este artículo no se concreta en que debe consistir esta determinación, así si deben de consistir en describir las consecuencias desfavorables para la masa activa que en cada caso habrían provocado los hechos que permiten calificar el concurso como culpable o, por si por otra parte, requiere cuantificar tales daños.

Los administradores concursales disponen de una completa información sobre todo lo acontecido, con lo cual sería deseable que la identificación de las personas y la referencia a los daños que han causado, contenga una descripción sobre en que han consistido y ha cuanto han ascendido en cada caso los perjuicios indicando, asimismo, en que elementos probatorios se basan para efectuar tales afirmación.

Creo que tras la reforma operada en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, por el Real Decreto – Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan las medidas urgentes en materia de refinanciación y restructuración de deuda empresarial, es necesario realizarlo puesto que así viene determinado en tal artículo.

Este informe de la administración concursal es un juicio que realiza este, como persona más cualificada para opinar sobre el expediente por la información y estudio que ha realizado, pudiendo acabar con la propuesta de concurso fortuito y, en su

defecto, culpable. Y que necesariamente el juez lo calificará como culpable cuando coincida la opinión del administrador concursal con el dictamen del Ministerio Fiscal, al igual que si la coincidencia es de fortuito.

Lo que es importante es que la propuesta de calificación como culpable se requiera del administrador concursal la fijación de los daños y perjuicios, pero llama la atención que no exprese fundadamente, si hay o no suficiencia patrimonial para satisfacer a todos los acreedores en caso de liquidación (artículo 172 bis de la Ley Concursal), cuál debe ser la cuantía en que se ha de condenar a cubrir el déficit (o el porcentaje respecto déficit global que finalmente arroje la liquidación en que debe condenarse), quiénes los condenados y en qué proporción cada uno, extremos que quedar a la apreciación discrecional del juez sin que tenga por qué estos efectos con ayuda alguna, salvo los informes sobre la liquidación imponga rendir a aquélla el artículo 152 Ley concursal y las alegaciones que hubieran podido formular los interesados legítimos, junto con los elementos que aportaran o propusieran.

El expediente completo, emitido el informe de la administración concursal, se trasladará al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez prorrogables por diez más, según el artículo 169.2 de la Ley Concursal.

La justificación de tal dictamen para el que la ley ni siquiera predispone un determinado contenido resulta dudosa, como no sea por la significación punitiva que pudiera conllevar la inhabilitación de las “*personas afectadas por la calificación*” y por la oportunidad que se brindaría con ello al Ministerio Público para conocer de unos hechos que pudieran resultar perseguibles penalmente.

Como se acaba de indicar, el artículo 170 de la Ley Concursal ordena que si el dictamen coincide con el informe de la administración concursal en el carácter fortuito del concurso o, pese a ser preceptivo, no se emite, no siendo culpable el concurso a juicio de la administración concursal, el juez habrá de archivar las actuaciones mediante auto no susceptible de recurso alguno (ni siquiera por los que hubieran alegaciones en virtud del artículo 168 Ley concursal).

En cualquier otro caso, es decir, cuando el Ministerio Fiscal y la administración concursal coinciden en que calificarlo como culpable o bien que el administrador lo califique como culpable y el Ministerio Fiscal no emita preceptivo dictamen, habrá que

darle audiencia al deudor y a todas las personas que puedan ser declaradas afectadas por la calificación o cómplices para que en el plazo de cinco días comparezcan, si no lo han hecho ya, y aleguen cuanto a su derecho convenga.

Esta oposición, por parte de las personas afectadas por la calificación o los cómplices, da lugar a un incidente concursal¹⁴ en el que habría la correspondiente vista, proposición de prueba, etc.

Una vez unido el informe, el Secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en un plazo de diez días, pudiéndose prorrogado por el juez por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.

En los supuestos de reapertura de la sección de la calificación por incumplimiento del convenio, tanto el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

Como se ve, el informe del administrador concursal reviste de una gran importancia porque le va a marcar las pautas al juez para que dicte la sentencia declarando las personas a las que deba afectar la calificación y los que deban de considerar cómplices, así como a determinar las responsabilidades de todos estos.

B) Tramitación

Se encuentra regulada en el artículo 170 de la Ley Concursal.

Si tanto el administrador concursal y el Ministerio Fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el juez no tendrá otra opción de ordenar inmediatamente el archivo de las actuaciones mediante un auto que no cabe recurso, finalizando el trámite de calificación.

Para el caso de que bien el informe del administrador concursal y/o el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal considerase el concurso como culpable, el juez debe de dar audiencia al deudor por un plazo de diez días y deberá emplazar a todas las personas

¹⁴ Artículo 192 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

que puedan ser afectadas por la calificación del concurso o declarar cómplices para que en el plazo de cinco días comparezcan en esta sección sino lo hubieren hecho anteriormente.

A los que comparezcan, se les debe dar vista del contenido de la sección por el Secretario Judicial para que aleguen lo que a sus derechos convengan. Si compareciesen después de este plazo se les tendrá como parte pero no podrán retrocederse las actuaciones y, para el caso de que no comparecieran como es norma general en el derecho procesal español, el Secretario Judicial los declarara en rebeldía y las actuaciones seguirán su curso sin volver a citarlos.

En el caso en el que tanto el deudor como cualquiera de los comparecidos formularé oposición y, de conformidad con el artículo 171 de la Ley Concursal, se sustanciará por los trámites del incidente concursal, siendo el mismo incidente para el caso de que sean varias las oposiciones. En caso contrario, el juez tendrá que dictar sentencia en el plazo de cinco días.

La sentencia de calificación, regulada en el artículo 172 de la Ley concursal, además de que debe declarar el concurso como fortuito o como culpable, deberá expresar las causas en que se fundamenta la calificación. Una vez calificada como culpable, además de las causas deberá determinar otra serie de pronunciamientos y así

1º. Deberá determinar las personas afectadas por la calificación y, en su caso, las declaradas cómplices.

En el supuesto que las personas afectadas por la calificación o declarada cómplice sea persona jurídica *“podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderadores generales, y quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo el acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera*

*como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición”.*¹⁵

El artículo 165.4 de la Ley Concursal presume que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido por un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que prevea la normativa aplicable en cada caso.

*“Para que esta negativa a la aprobación determine la culpabilidad del concurso el acuerdo propuesto deberá de reconocer a favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada a favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades...”*¹⁶

“2º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos.”

La inhabilitación es una pena civil que mantiene su eficacia incluso tras la conclusión del concurso. Consiste en una prohibición de gestionar todo patrimonio que no sea el propio o representar a cualquier persona durante un período de tiempo. La ley parece imponerla de manera obligatoria, si bien permite ponderar su rigor, según la gravedad de cada conducta respecto a la generación o agravación de la insolvencia y el

¹⁵ Artículo 172.2.1º de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

¹⁶ Artículo 165.4 en relación con el artículo 71 bis.4 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

perjuicio que ha ocasionado a la masa activa, jugando con el lapso temporal de su duración, que puede ir de dos a quince años.

La Ley 38/2011 ha introducido un último inciso acerca de este pronunciamiento para recalcar que si una misma persona resulta rehabilitada en dos o más concursos, “*el periodo de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos*” (artículo 172.2.2º.3 de la Ley Concursal). Con ello pretende aclarar que las penas eventualmente impuestas en diferentes concursos se cumplirán de forma sucesiva, no simultánea. Pero aparte de la duda que se suscita en los concursos en que puede llegar a reabrirse la sección o a formarse dos piezas separadas de calificación por incumplimiento de un convenio gravoso (artículo 167.2 de la Ley Concursal), la redacción dispuesta para este inciso deja en el aire un segundo interrogante, que parece poder responderse de forma afirmativa, a falta de otra indicación: si “*la suma de cada uno de ellos*” puede o no derivar en un periodo total que sobrepase el plazo de quince años fijado como tope.

La imposición de esta condena, que no puede recaer sobre los cómplices, además de tener un carácter represivo y moralizante, fruto del interés. Se busca limpiar del tráfico a las personas que han demostrado ser muy poco cuidadosas o poco honestas en la gestión de patrimonios propios o ajenos y en la representación de terceros, empezando, en el caso de las personas jurídicas, por apartarlos de los concursados que han padecido su conducta. Y, para ello, se escarmienta al culpable con una medida duradera, no perenne, cuya contravención debería ser sancionable con la nulidad ex artículo 6.3 del Código de Comercio.

Los términos en que se emplea el legislador y la ratio de la norma, parecen dar a entender que la prohibición debe abarcar cualquier tipo de gestión de asuntos ajenos y de representación de terceros que tengan origen legal o convencional. Por tanto, quedan incluidos desde esta óptica el ser administrador o apoderado general o singular de sociedades, o representante legal del menor o incapaz, ya sea bajo la patria potestad o bajo cualquiera de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro Ordenamiento jurídico. Pero debiendo de hacer una interpretación restrictiva de la sanción debe limitarse a los aspectos que tengan incidencia patrimonial y no personal.

La condena implicará el cese en el cargo como administrador o liquidador de la persona jurídica concursada quedando facultada la administración concursal,

excepcionalmente, para convocar la junta de socios para que proceda al nombramiento de los sustitutos si “*el cese impidiese el funcionamiento del órgano*” (artículo 173 Ley Concursal).

Únicamente reconoce la ley una excepción a este campo de acción de la inhabilitación: que, en caso de convenio, y si así lo hubiera solicitado la administración concursal, se pueda autorizar al inhabilitado a “*continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada*”. Una medida que no parece compadecerse muy bien con el rigor de la inhabilitación, pero que sin duda está orientada hacia la tutela del interés del concurso, ante la posible conveniencia de que sea el propio condenado el que dirija la empresa a fin de asegurar la verificación del plan de viabilidad y un correcto cumplimiento del convenio

“En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

3º. La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.”¹⁷

Según el profesor Vázquez Cueto, en esta redacción se contienen dos distintos pronunciamientos:

- a. Se agruparían una serie de medidas que procuran evitar la contradicción que supondría que quienes han sido catalogados como responsables o colaboradores de la insolvencia perciban algo de masa activa que ha quedado precisamente deteriorada con su proceder: doloso o gravemente culposo. Por ello se les priva, sin excepciones, *ex lege*, y, al parecer, sin posibilidad de que el juez aprecie que no sean merecedores de ello, de cualquier derecho

¹⁷ Artículo 172. 2. 2º *in fine*, Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

que ostenten sobre dicha masa, sea en concepto de acreedor concursal, sea en concepto de acreedor contra la masa. De igual forma que se les impone devolver lo que han recibido indebidamente del deudor antes del concurso, o indebidamente o no de la masa activa una vez declarado el concurso, cualquiera que fuera el título en que se basara.

Según el profesor, Vázquez Cueto, el adverbio «indebidamente» *“puede resultar controvertido, por su posible ascendente en el enriquecimiento sin causa o eventual conexión con el perjuicio patrimonial a la masa que justifica el ejercicio de las acciones rescisorias concursales, que en muchos casos habrían podido hacer perder virtualidad a esta medida. El caso es que la condena a esta devolución puede pasar a justificar un «enriquecimiento» para la masa activa, en la medida en que, a cambio de aquélla, el condenado no ostentará ningún derecho contra ésta.”*

- b. En esta parte se hallaría la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que resulta potestativa para el juez, y dependerá de si de los hechos declarados probados se aprecia que efectivamente ha habido esos daños y perjuicios. Se trata de una condena “*selectiva*”, en el que el juez puede o no imponerla, además que de imponerla puede hacerlo a determinadas “*personas afectadas por la calificación*” o cómplices y no a todas.

Esta sentencia será apelable por las personas que hubiesen sido parte en la sección de calificación.

IV. SUJETOS RESPONSABLES.

Cuando se declara un concurso no debemos de confundir a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices con las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.

Y esto es así por cuanto las personas calificadas como “*especialmente relacionadas por el concursado*” son las que se subsumen en el artículo 93 de la Ley Concursal, y se refieren a las personas del entorno del deudor concursado, bien sea persona física o bien sea persona jurídica, puesto que estos siempre están presentes en

un concurso de acreedores y tienen especial prevalencia al objeto de calificación de los créditos.

Por el contrario, las personas afectadas por la calificación del concurso solo tienen virtualidad desde el momento que se declare el concurso como culpable, ya que si el concurso fuese declarado como fortuito estas no harían presencia ni habría consecuencia en el ámbito concursal.

En el artículo 93 de la Ley Concursal es donde viene regulado las “*personas especialmente relacionadas con el concursado*”, reguladas, como no podría ser de otra manera, en la sección tercera destinada a la clasificación de los créditos.

Los sujetos responsables vienen determinados en el artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, el cual establece “*1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, que hubieran sido declarados personadas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.*

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

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá de individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan inscrito por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para

solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.”.

Así la Ley Concursal hace la previsión de que cuando se concluya el concurso de acreedores y este esté calificado como culpable, si de las operaciones de liquidación de la masa activa no se han satisfecho la totalidad de los créditos de los acreedores, las personas responsables responderán con su patrimonio personal reintegrándose a la masa activa las cantidades obtenidas. Así todos los administradores sociales, de hecho o de derecho, y/o liquidadores, de hecho o de derecho y los apoderados generales como personas afectadas por la calificación podrán ser responsables del concurso culpable y, por tanto, podrán ser condenados a la cobertura total o parcial del déficit.

Y en el caso de que exista una pluralidad de condenados, la sentencia de calificación deberá de individualizar que cantidad corresponde satisfacer cada uno de los que hayan sido declaradas personas afectadas por la calificación en la sentencia de calificación.

Asimismo, esta responsabilidad, prevista en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, se aplicará siempre que se produzca la apertura de la fase de liquidación o que resulte reabierta por el incumplimiento de un convenio anteriormente aprobado, y se acredite el nexo de causalidad entre la conducta y la producción o agravación de la insolvencia.

En este punto, y analizando este artículo 172 bis de la Ley concursal, podemos afirmar que el juez del concurso, antes de la reforma operada por el Real Decreto – Ley 4/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, ostentaba una facultad moderadora que siempre debía de ser motivada ciñéndose está al poder graduar la responsabilidad de cada uno de los que han sido declaradas personas afectadas por la calificación, acordando si debía cubrir la totalidad del déficit concursal o, por el contrario, debía de cubrir parte del

déficit concursal. Pero tras la reforma y al introducir la frase “...en la medida en que la conducta haya determinado la calificación culpable haya contribuido en la generación o agravación de la insolvencia” es necesario la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, que hay que demostrar esta relación de causalidad y esta es la que sirve de parámetro para valorar la condena.

En definitiva, este artículo 172 bis de la Ley Concursal, lo que establece es que los declarados personas afectadas por la calificación en la sentencia de calificación del concurso como culpable pueden verse obligados a pagar a los acreedores el importe de sus créditos, o parte de ellos, que no perciban en la liquidación de la masa activa y con el objetivo de proteger los intereses de los acreedores, y por eso deben de integrarse las cantidades obtenidas en la masa activa del concurso.

A) Las personas afectadas por la calificación¹⁸

Tienen la consideración de personas afectadas por la calificación, de conformidad al artículo 172.2.1º de la Ley Concursal, los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, los apoderados generales, y quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones los dos años anteriores a la declaración del concurso. A todas estas habrá que añadir a los cómplices, los cuales vienen definidos en el artículo 166 de la Ley Concursal.

Lo primero que tenemos que determinar es que definición podemos dar como “*persona afectada por la calificación*” y, en ese sentido la Ley Concursal no da una definición del concepto, siguiendo al profesor José Antonio García – Cruces, procede imponer la delimitación del concepto de forma negativa y así se debe de excluir de tal noción a quien sea conceptuado como cómplice ex artículo 166 de la Ley Concursal, pues así lo pone la literalidad del artículo 172.2.1º de la Ley Concursal.

Según el citado profesor, también debemos dejar de incluir dentro del grupo de “*personas afectadas por la calificación*” a las que merezcan su consideración como “*personas especialmente relacionadas con el concursado*”, a las que vienen detalladas en el artículo 93 de la Ley Concursal. Puesto que en esta última categoría estas personas

¹⁸ GARCÍA – CRUCES, José Antonio (2005), “Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (En torno al ámbito subjetivo del concurso culpable” publicado en *Estudios sobre la Ley Concursal*, libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo V, Marcial Pons, Madrid, p. 4913 y ss.

son única y exclusivamente a los efectos de clasificar su crédito pero no como personas afectadas por la calificación aunque su conducta haya sido desmerecedora.

Según el profesor, no deberíamos de incluir dentro del concepto de “*personas afectadas por la calificación*” al concursado, sujeto sobre que al final caerá la calificación del concurso como culpable y producirá consecuencias, pero que a la luz de la literalidad de la Ley Concursal debe dejarse fuera de tal concepto por diferenciar entre concursado y “*personas afectadas por la calificación*”. Y así ocurre en el artículo 170.2 de la Ley, pero personalmente considero que es una interpretación equivocada puesto que entiendo que no hay una diferenciación a lo largo de la Ley Concursal de personas afectadas por la calificación y concursado, sino que la única diferenciación que existe es respecto a los cómplices que lo hace de forma expresa.¹⁹

Tras la reforma operada en la Ley Concursal, como consecuencia del Real Decreto – Ley 1/2015 de 27 de Febrero, en el que se añade un nuevo artículo 178 bis a la Ley Concursal, que se introduce el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho de la personas del deudor persona natural. En este nuevo artículo tiene especial relevancia la calificación del concurso para poderse acoger a este beneficio de exoneración del pasivo satisfecho. Puesto que solo se admite la exoneración de pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe y estableciéndose una serie de presunciones para que opere esta buena fe, dejando fuera de este beneficio a todos los deudores que hayan sido declarados culpables en el concurso.

B) Los administradores y los liquidadores

Conforme determina la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de Febrero de 2013, “...*Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es tipificada en el art. 164.1 LC, y, más concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el art. 172 bis LC, la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su*

¹⁹ GARCÍA – CRUCES, José Antonio, “Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, publicado en “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia”, tomo V, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.4913 y ss.

*participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos”.*²⁰

El régimen de responsabilidad concursal del artículo 172 bis de la Ley Concursal alcanza no solo a los administradores de derecho sino también a los de hecho, con lo cual se determina la necesidad de delimitar el concepto de además de liquidador o administrador de derecho los administradores de hecho.

Son administradores o liquidadores de derecho las personas físicas o jurídicas nombradas por la junta y que tengan su cargo inscrito y vigente a la fecha de declaración del concurso.

No pueden ser afectados por la calificación como administrador de derecho, el administrador social cuyo cese en la escritura pública aunque no haya sido inscrito en el Registro Mercantil o que tenga el cargo caducado, en todo caso podrá ser considerado como administrador de hecho.²¹

Y así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1999 “*en modo alguno pueden considerarse constitutivas las inscripciones registrales correspondientes por no imponerlo precepto legal alguno*”.

Lógicamente, el administrador de hecho es el que se contrapone al administrador de derecho siendo este el que tiene nombramiento válido, cargo vigente y no inclusión de incompatibilidades, es decir, que cumple con todas las condiciones para poder ser nombrado como administrador social. Por tanto, el administrador de hecho es el que no cumple ninguno de estos requisitos pero, sin embargo, ejerce las funciones propias de un administrador, en la realidad, es el que está ostentando el poder de decisión en una sociedad sin reunir los requisitos para que pueda considerarse de derecho. Tiene la capacidad de decisión de la empresa, incluso por encima de los que formalmente aparecen como administradores.

²⁰ Fundamento jurídico 8º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 12 de Febrero de 2013, nº 29/2013, que desestima el recurso interpuesto contra la SAP Zaragoza, 18 de Octubre de 2010.

²¹ Marcos Bermúdez Ávila, Magistrado del Juzgado de los Mercantil nº1 de Bilbao, “*La calificación del concurso. La reforma del año 2014.*”, I Foro Concursal del TAP, Bilbao.

La jurisprudencia para definir la figura del administrador o liquidador de hecho estriba en que tenga las notas de habitualidad, continuidad y permanencia en el ejercicio de las funciones propias de la administración de la sociedad, que tenga autonomía o no este subordinado a un órgano de administración social. Es decir, que lo relevante para considerar a una persona como administrador de hecho es que la práctica ejerza las funciones propias de la figura de la administración, es decir, una gestión, administración y gobierno de la empresa asumiendo los actos realizados por esa persona como vinculantes para la sociedad y, por tanto, como expresión de su voluntad social. No obsta para ser administrador de hecho el ser una persona física o una persona jurídica.

La problemática en considerar a una persona como administrador o liquidador de hecho es la prueba de su condición.²²

Por nuestra parte coincidimos con el profesor García – Cruces, en cuanto que la definición de administrador o liquidador de hecho con respecto a la Ley Concursal es distinta conforme el resto del ordenamiento. Por cuanto que el elemento relevante en el ámbito concursal para considerar el concurso como culpable es la valoración de las conductas de las personas que causen o agraven el estado de insolvencia, bien por dolo o culpa. De tal forma, que si un sujeto llega a tomar cualquier decisión en el ámbito de la empresa que diere lugar a una causación o agravar el estado de insolvencia, aun cuando fuesen actos aislados y no reiterado, se tendría la consideración como administrador de hecho, ya que ha participado bien de forma dolosa o bien por culpa en el origen de la insolvencia de la sociedad. Con ello, podemos llegar a considerar que la actuación aislada y ocasional de una persona ha de tomarse en consideración a las circunstancias que rodeen cada caso concreto, pues si causa o agrava el estado de insolvencia debe de considerarse como administrador de hecho.

También pueden ser declarados afectados por la calificación los ex administradores o ex liquidadores de las personas jurídicas que hubiesen ocupado el cargo dos años antes de la declaración de concursos según la sentencia de calificación, y cuya base se encuentra también en el artículo 172.2.1º de la Ley Concursal.

Lo que está claro es que llegada la responsabilidad será en función de su participación, tal y como se verá más adelante.²³

²² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao de 31 de Octubre de 2011.

Cuando la sentencia incluye a los administradores o liquidadores de hecho bajo la noción de “*persona afectada de calificación*” es exigencia marcada dentro del artículo 172.2.1º de la Ley que dicha inclusión deba ser motivada, entendemos por nuestra parte que esta motivación a que se refiere el artículo es un plus que se realiza conforme a las determinaciones que marca el artículo 120.3 de la Constitución: “*Las sentencias serán siempre motivadas...*”.

Las notas definatorias de un administrador de hecho son:

- a) “*El elemento esencial de la figura de administrador de hecho es el de la autonomía o falta de subordinación de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento normal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana funciones del poder efectivo de administración y gobierno que se trate,*

²³ Marcos Bermúdez Ávila, Magistrado del Juzgado de los Mercantil nº1 de Bilbao, “*La calificación del concurso. La reforma del año 2014.*”, I Foro Concursal del TAP, Bilbao: “*Las razones de política jurídica a que obedece la noción de “persona afectada por la calificación” me parecen evidentes. La calificación concursal ha de hacer recaer sus efectos no sólo sobre el deudor común sino, también, sobre aquellos sujetos que por él actuaron y configuraron su voluntad y, por ende, su actuar en relación con el origen o el agravamiento del estado de insolvencia. Estos sujetos, titulares de un patrimonio persona y, por tanto, separado de aquel que es considerado en el concurso y que resulta de titularidad del deudor, han de sufrir, a resultas de su actuación, las consecuencias de la calificación del concurso como culpable y, entre las mismas, carece de sentido excluir ciertos efectos de orden patrimonial, los cuales – además . recaudarán en bien del concurso pues pueden permitir una mayor y mejor satisfacción de los créditos de los acreedores del concursado que, no debemos olvidarlo, se encuentran frente al estado de insolvencia de aquel y que, en estos supuestos, tiene su origen o agravación en el dolo o la culpa grave de quienes actuaron y configuraron la voluntad del deudor común.*

En atención a esta perspectiva, resultará fácil comprender y compartir la necesidad de que los sujetos que predeterminaron el actuar del concursado con su dolo o culpa rave en la causación o agravación del estado de insolvencia de éste, no pueden – ni deban – obtener beneficio alguno con cargo al patrimonio de quien representaba o por quien actuaba. En consecuencia, y pese a su posible existencia, no deben poder realizar cualquier derechos que es asistiera frente al deudor y, por otro lado, aquello que hubiera percibido indebidamente del concursado o con cargo a su patrimonio ha de ser objeto de devolución a favor del concursado. De este modo, tanto por la pérdida de sus derechos como por la devolución de lo indebidamente percibido, quienes actuaron y determinaron la voluntad y proceder del deudor común contribuirán a satisfacer el interés de los acreedores, puestos se beneficiarán del incremento de masa que se deriva de cualquiera de aquellos efectos de orden patrimonial.

asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social”.

- b) *La habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad.*
- c) *Y cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia de la del requisito de la autonomía de decisión”.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 Septiembre de 2013, califica como administrador de hecho de la concursada, a la que ha decidido continuamente los avatares societarios de la concursada, y así considero como administradores de hecho a una sociedad pública al imponer una serie de medidas que conllevan *per se* a que asumieren el control, gestión y desarrollo de la sociedad. En base a tales hechos merecen la atribución de administradores de hecho.

Esta sentencia es relevante porque sienta un preceder importante al abrir el paso a que las administraciones públicas puedan asumir responsabilidad concursal en su condición de administrador de hecho en cualquier tipo de sociedades, tanto públicas como privadas. Siempre que conserven una potestad de control, normalmente de forma contractual.

Según el artículo 1.3 de la Ley Concursal, las administraciones públicas no pueden ser declaradas en concurso²⁴, pero, sin embargo, en ningún momento se prohíbe que puedan ser declaradas como administradores de hecho, lo cual tiene una importante consecuencia patrimonial para ellas.

Que la administración pública sea declarada como administradora de hecho, tiene su importancia en cuanto que los créditos de la administración pueden ser calificados en una parte como privilegiados y, en otra parte, como ordinarios. Como consecuencia de ser declarado la administración persona afectada del concurso como administrador de hecho estos créditos pasa a ser calificados como subordinados a la vez

²⁴ Artículo 1.3 de la Ley Concursal: “No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho Público.”

que de que puede ser declarada la responsabilidad concursal del administración, conforme el artículo 172.2 de la Ley Concursal, al ser calificado el concurso como culpable y, por tanto, generaría además de la pérdida de cualquier derecho que tuviese a indemnizar por daños y perjuicios o a la cobertura del déficit.²⁵

Sin embargo, por el propio hecho de ser administración pública calificada en el artículo 105 de la Constitución Española como servidora del interés general, no es de recibo inhabilitarla para administrar bienes ajenos a representar a terceros, *“entendemos que, por la propia naturaleza de las Administraciones públicas como servidoras del interés general, no procede en ningún caso su inhabilitación para administrar bienes ajenos o para representar a terceros. Sería una sanción (civil) claramente exorbitante y, por ende, de imposible aplicación”*.

La Ley Concursal no especifica que ha de entenderse por administrador de hecho. Por lo tanto, para que se debe entender por administrador de hecho habrá que acudir tanto a la Ley de Sociedades de Capital, así como a la doctrina y jurisprudencia. Según el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.2 LSA) se puede considerar administrador de hecho a quien sin tener la condición de administrador actúa como tal.

Sin embargo, la doctrina sí que define al administrador de hecho, de tal forma, que lo sitúa como aquel *“que administra una sociedad sin estar legitimado para ello”*²⁶, bien porque ha cesado en su cargo, porque su nombramiento es inválido o bien porque faltando el requisito de administrador sustituye al propio administrador o le influye de tal forma que haga su voluntad, y no la propia del administrador.

Estamos ante un administrador de hecho cuando, con independencia de que su actuación administrativa se manifieste o no en el tráfico a terceros, se produzca un desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como

²⁵ Tomás Vázquez Lápinette, “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de Septiembre de 2013)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Editorial La Ley.

²⁶ J.L., Díaz Echegaray, “El administrador de hecho de las sociedades”.

administradores a favor de otros sujetos que no satisfacen las exigencias materiales y formales que se requieren como administrador social.²⁷

La jurisprudencia además de fortalecer a la doctrina calificando de administrador de hecho aquel a que toma o al que tiene la capacidad decisoria de la compañía, careciendo de nombramiento formal y en vigor, es decir, administra la empresa de forma autónoma o sin estar subordinado a un órgano de administración, en este sentido se manifiestan el juzgado de lo Mercantil N° 1 de Granada en el auto de 30 de Septiembre de 2011, así como sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de Enero de 2005, de 9 de Marzo de 2005 o la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 2008.

En el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Granada de 30 de Setiembre de 2011, y referente al concurso del Grupo Dhul, S.L, *“Esta independencia y autonomía caracterizan la figura por notas como la habitualidad en el ejercicio de dicha función (lo que excluye una intervención puntual en la gestión de la sociedad), la permanencia, la continuidad o, en último extremo, la profesionalidad de quien la verifica. Por ello, es precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero, cual es el caso del simple apoderado”*.²⁸

Lo relevante para identificar al administrador de hecho es que ejerza la actividad de administración, dirección y gestión propia de una administración social de forma directa continua y estable, sin subordinarse a terceros y, que los socios tengan conocimiento de dicha actuación.

A continuación, dada la importancia, transcribimos el fundamento de derecho segundo del auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Granada de 30 de Septiembre de 2011, auto n° 254/2011: *“De la condición de administradores sociales de hecho y de derecho.*

²⁷ José Antonio García – Cruces, “Administradores sociales y administradores de hecho” en *Estudios de Derecho Mercantil*. En memoria del Profesor Andrés Aníbal Sánchez , J.C. Sáenz García de albizu, F. Oleo Banet, A. Martínez Flórez (Coord.), Civitas – Thomson, Cizur Menor, 2010, pág. 534.

²⁸ Fundamento Jurídico Segundo, auto del Juzgado de los Mercantil n° 1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011.

Examinadas las actuaciones y el material ya disponible en los autos del concurso, considero que todos los requisitos reseñados concurren en la solicitud efectuada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de GRUPO DHUL S.L.

De un lado, consta documentada la condición de D. Octavio y D. José Manuel de administradores de derecho de GRUPO DHUL S.L: los dos fueron designados administradores solidarios por Junta General Extraordinaria de socios de la concursada del día 2 de octubre de 1.997 y desde entonces han ejercido como tales. Con fecha 15 de febrero de 2.011 la Junta General acordó cambiar la estructura del órgano de administración, designando como administrador único a D. Octavio. En consecuencia, a fecha de declaración del concurso (15 de marzo de 2.011), ambos ostentan la condición de administradores de derecho de la sociedad concursada en los dos años precedentes.

No ocurre lo mismo con D. Casimiro, que no consta nombrado como administrador formal de la compañía. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, sin embargo, propugna su calificación como administrador de hecho, algo que, a la vista de la información y documentación disponible, me parece certero y ajustado a Derecho.

Los gravísimos problemas que para los socios y para los acreedores planteaba la figura del administrador de hecho cuando éste no se recogía en la LSA, la LSRL EDL 1995/13459 o las viejas normas concursales, han quedado resueltos en gran medida con la introducción de la figura en el Derecho positivo, primero en el Código Penal EDL 1995/16398, luego en la LSA con la reforma operada por la Ley de Transparencia de 2003, finalmente en la misma LC EDL 2003/29207, también de 2003, en la que, como hemos visto, el administrador de hecho es posible sujeto pasivo del embargo cautelar aquí interesado. No obstante, el principal problema de la reforma de 2003 es que el legislador no se molestó en definir o fijar de alguna forma qué debe entenderse por administrador de hecho. En principio, no parece dudoso que el administrador de hecho, desde una perspectiva negativa, carece de nombramiento formal y en vigor, pero, desde una perspectiva positiva, sí que administra la empresa, asumiendo las capacidades decisorias en el seno de la entidad.

Como se ha indicado desde las Audiencias (valgan estas sentencias de la Secc. 15ª de la AP Barcelona: 24 de enero de 2005 EDJ 2005/51001, /2003, o 9 de marzo de 2005 EDJ 2005/58462, /2003), generalmente admitiendo que la figura del administrador de hecho tiene los precedentes ya indicados, ya sean resoluciones de la DGRN (de 24 de junio de 1.968 EDD 1968/718, 24 de mayo de 1.974 EDD 1974/3, 12 de mayo de 1.978 EDD 1978/29 o 15 de febrero de 1999 EDD 1999/764), ya sean judiciales (SSTS de 22 de octubre de 1.974 EDJ 1974/474, 3 de marzo de 1.977 EDJ 1977/50, 26 de mayo de 1998 EDJ 1998/5853, 7 de junio de 1999 EDJ 1999/13271, 30 de julio de 2001 EDJ 2001/26168 o 24 de septiembre de 2001 EDJ 2001/28890), el elemento definitorio de esta figura será el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social (autonomía que no existe en los meros apoderados, sea cual sea el título que ostenten - director, gerente...-), de tal modo que pueda razonablemente entenderse que está ejercitando en la práctica las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

Esta independencia y autonomía caracterizan la figura por notas como la habitualidad en el ejercicio de dicha función (lo que excluye una intervención puntual en la gestión de la sociedad), la permanencia, la continuidad o, en último extremo, la profesionalidad de quien la verifica, lo que ha llevado a excluir de ese concepto, incluso, a los altos directivos y representantes de la sociedad cuya participación, cuando menos ocasional, en actos de gestión social no puede ser excluida de antemano, así como una cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, que permite eliminar del mismo a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión. Por ello, es precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero, cual es el caso del simple apoderado.

Demostrar estas notas no es fácil. La jurisprudencia declara constantemente que la casación no permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, salvo casos de manifiesto error o arbitrariedad concretamente denunciada y demostrada (SSTS de 17 de enero de 2007 EDJ 2007/2683 y 1 de febrero de 2007 EDJ 2007/4009, entre otras muchas), añadiendo que esta doctrina es aplicable a la

determinación de la existencia o no de actuación como administradores de hecho de la sociedad por parte de los demandados cuya responsabilidad se discute (SSTS de 8 de febrero de 2008 EDJ 2008/31035, 7 de mayo de 2007 y 23 de marzo de 2006 EDJ 2006/31741). Recordemos de nuevo que, según la sentencia de 24 de noviembre de 2005, la prueba directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal más apto es la prueba indiciaria.

Con arreglo a lo anterior, concluyo que, en efecto, tales condiciones concurren en el Sr. Casimiro, pues puede afirmarse de modo perfectamente racional y con sustento en hechos objetivos que el mismo ejercía de modo directo y decisivo las tareas de dirección real de GRUPO DHUL S.L, en realidad también de las restantes sociedades que forman parte del Grupo Nueva Rumasa, aunque formalmente no estuviera designado como administrador en ninguna de ellas. Su participación ha sido decisiva, ineludible y nuclear en la orientación y el objeto de los negocios de la concursada, no sólo en el mercado que le es propio, el agroalimentario, sino también en la esfera interna, en sus relaciones con las otras sociedades de Nueva Rumasa, y con ello, en el elevado grado de confusión patrimonial y garantías cruzadas entre ellas que de forma manifiesta muestra el informe provisional ya emitido por los Sres. Administradores Concursales.

Coincido con la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en que esta afirmación integra un hecho notorio, no necesitado de prueba, habida cuenta de la ingente documentación que existe en las hemerotecas que ponen de manifiesto que D. Casimiro es la persona que encarna Nueva Rumasa, apareciendo de modo reiterado, incluso en las sucesivas campañas de publicidad, como la persona que controlaba todo el grupo y, concretamente, GRUPO DHUL S.L. Es precisamente la imagen pública de este administrador, la idea que el público se ha hecho sobre su condición empresarial y la confianza que ha generado en quienes invirtieron en sus negocios lo que les ha servido de base, de forma que sin él no puede entenderse ni su grupo empresarial, ni la concursada, ni lamentablemente su actual situación. Pero dado que el concepto técnico-jurídico del administrador de hecho no es meramente formal, centrado en la apariencia, pues supera con creces la figura del mero factor notorio del Código de Comercio EDL 1885/1 y exige una gestión social efectiva, real y permanente, es preciso acudir a circunstancias que, ya en esta sede cautelar, y con arreglo a los documentos

aportados, permiten afirmar que la pretensión de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en relación a este señor goza de suficiente fumus boni iuris:

Figura en el informe de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL la declaración formal y expresa contenida en las dos escrituras públicas otorgadas el día 29 de noviembre de 2.009 ante el notario de Salou D. Pedro Soler Dorda, protocolos num. 1.133 y 1.134, en la que se dice lo siguiente: " Los fiadores DON Casimiro, Y DON Carlos Manuel, DON Casimiro, DON Abelardo, DON José Manuel, DON Cipriano Y DON Octavio declaran ser dueños en pleno dominio y tener el pleno control, entre otros bienes, de la totalidad de las acciones o participaciones sociales de las compañías mercantiles que se detallan en el Anexo IV, cuyas acciones están totalmente suscritas y desembolsadas, así como libres de toda clase de cargas, gravámenes, prendas, derechos reales o cargos (...) Los cofiadores declaran que son plenamente conscientes de que la aceptación por su parte del aplazamiento del pago del precio estipulado, ha obedecido al hecho de que la sociedad adquirente es una compañía que se encuentra, de forma mediata, bajo el total control y administración de la familia Abelardo Octavio José Manuel Casimiro Cipriano Carlos Manuel y de su grupo empresarial Nueva Rumasa ". Entre las sociedades incluidas están GRUPO DHUL S.L. y su socio de control Dhul Holding BV. Cabe afirmar, por tanto, que D. Casimiro tenía el pleno control y administración de GRUPO DHUL S.L, así como del resto de las sociedades que estaban en la órbita de Nueva Rumasa.

El mismo Sr. Casimiro no ha dudado nunca en poner de manifiesto ante la opinión pública nacional su condición de gestor de hecho, gestor real, de la concursada y del Grupo Nueva Rumasa. Si en la solicitud de concurso ya se hacía constar de forma explícita la integración en este peculiar entramado empresarial, que su principal gestor era él quedó constatado, entre otras ocasiones, cuando con fecha 21 de junio de 2.011, una vez declarado el concurso, mediante un comunicado de prensa se dirigió a los medios de comunicación para indicar literalmente: " D. Casimiro a partir de ahora va a delegar en sus seis hijos varones la responsabilidad empresarial del Grupo Nueva Rumasa...". Cabe entender, en consecuencia, que hasta ese momento el Sr. Casimiro administraba de hecho GRUPO DHUL S.L, esto es, antes y después de la declaración de concurso, y que posteriormente sólo ha delegado en sus hijos esta administración, que por supuesto sigue sujeta a su control último. En qué medida los otros hijos del mencionado Sr. Casimiro, distintos a los ya mencionados como administradores

formales de la concursada, han contribuido a una administración efectiva de la misma es algo aún por determinar.”

Como dice Juan Ferré Falcón²⁹, el concepto de administrador de hecho debemos de incluir al llamado administrador oculto, el cual es el que ejerce las funciones de gestión y administración de manera indirecta a través de la influencia constante y decisiva sobre los administradores de derecho, y así puede llegar a ocurrir en muchos de los contratos de distribución, de concesión o de franquicia, en los que siendo el distribuidor, el concesionario o el franquiciado una persona jurídica con sus órganos sociales, la realidad hace que las políticas establecidas desde la central pudiese llegarse a considerar como administrador oculto a esta, ya que ejerce presiones, influencias e incluso condiciones que hacen a los órganos sociales de las anteriores unos meros objetos decorativos.

Si en el expediente de calificación concursal se actúa como administrador de hecho una persona que carece de nombramiento efectivo y formal, deberá probarse la realidad de los diversos extremos- Así, en un primer lugar, la prueba tendrá que verificar que ante bien la ausencia, bien la caducidad o la ineficacia del nombramiento, esta persona ha venido actuando como administrador del concursado, pero además necesariamente deberá de acreditarse que con sus decisiones ha originado o agravado el estado de insolvencia. Pero no solo eso, sino como dice el artículo 164 de la Ley Concursal, es necesario que se pruebe la existencia de dolo o culpa grave en la adopción de las decisiones.

El principal problema que se suscita en la práctica es la dificultad probatoria de todos los elementos que se han enunciado con anterioridad, a título de ejemplo podríamos decir que para el caso de un nombramiento caducado sería relativamente fácil puesto con la misma continuidad de la actividad social de la empresa y la presencia del administrador con cargo caducado objetivamente demuestra su calificación como administrador de hecho.

²⁹ Juan Ferré Falcón, “La administración oculta o indirecta en el marco de la calificación concursal: estudio de un caso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 9, Sección Cuestiones prácticas, 2008, pág. 303, Editorial La Ley.

En el resto de casos se irá endureciendo la actividad probatoria llegando a extremos elevados en la probatura del administrador oculto, el cual actúa necesariamente mediante el concurso de un tercero, los denominado “testaferros”, los cuales son normalmente insolventes y aunque formalmente están investidos como administrador social su voluntad siempre viene determinada por las decisiones de las decisiones del administrador oculto.

Nos puede surgir la idea de que al extenderse la responsabilidad al administrador de hecho como persona afectada por la calificación, ¿si el administrador de derecho estaría exonerado o no de la responsabilidad o, por el contrario, debe de responder?

En un primer lugar, podríamos pensar que podría exonerarse de responsabilidad al administrador de derecho, puesto que este actúa siempre acatando la voluntad del administrador y, por tanto, el no es el originador del estado de insolvencia o de su agravación. Pero, sin embargo, considero que nunca podrá adoptarse dicha solución puesto que si bien es cierto que acata la voluntad del administrador de hecho, es más cierto que podría en un momento evitar ese proceder tomando sus propias decisiones, incluso podría revocar el poder que pudiese tener el administrador de hecho, poder que lógicamente no sería un poder general.

Además, de que por el mero hecho de participar en su condiciones de “testaferro” sino manifiesta el dolo sí que demuestra una culpa grave en la deducción de las decisiones que lleven a la crisis de la empresa, puesto que según el hecho de aceptar el nombramiento de administrador le obligaría a actuar con la diligencia debida.

Otro de los casos, en el supuesto de que el concurso se declarase culpable como consecuencia del incumplimiento de los deberes que la legislación les impone a los administradores en orden a promover la disolución de la sociedad.

Objetivamente, cabría pensar que al no tener facultad para convocar la Junta General cuando exista una causa de disolución implicaría su exoneración de responsabilidad pero entiendo que no debe de ser así, aunque objetivamente lo parezca, por cuanto en la mayoría de los casos parece razonable que el administrador de hecho tiene la capacidad suficiente para decidir e influir en los administradores de hecho para que convoquen la junta general. Formalmente, el administrador de hecho no puede dar cumplimiento a este mandato de convocar la junta general pero, sin embargo, sí que le

es exigible porque siempre pueden, y de hecho, influyen, en el administrador para que convoque o no convoque la junta o para la realización de las obligaciones que requieran estos actos formales.

En el supuesto de que fuesen una persona jurídica la que merezca la calificación de administrador de hecho ¿a quién le corresponderá ser responsable de dicha actuación? ¿A al órgano de administración de la persona jurídica administradora de hecho o, por el contrario, es responsable la persona jurídica como tal?. Esta es una cuestión importante a tener en cuenta puesto que la decisión que se tome para cubrir la responsabilidad dependiendo de que sea uno u otro (órgano o sociedad entera) responderán distintos bienes.

Entiendo que si las decisiones que adopta la persona jurídica están adoptadas formalmente y de conformidad a la legislación societaria lo razonable es atribuir la cualidad y administrador de hecho a la sociedad, puesto que su representante actúa conforme a ley y, por tanto, la decisión que adopte es la expresión de la voluntad social de la persona jurídica y para el caso de que llegue a determinarse su responsabilidad lo sería de la persona jurídica, la sociedad.

Sin embargo, si estas mismas decisiones en vez de cumpliendo las formalidades exigidas por ley son tomadas por el representante de la persona jurídica al margen de la legislación deberá de conceptuarse como administrador de hecho a este y nunca a la persona jurídica (sociedad).

Sin embargo, para el supuesto de que se pudiese demostrar que la persona jurídica lo ha sido nombrada como “*testaferro*”, es decir, utilizada para evitar la responsabilidad de la persona física. Debería de considerarse como administrador de hecho a los dos. Puesto que se está utilizando un fraude de ley.

También podríamos calificar como administrador de hecho al socio único cuando incida en la gestión social al adaptar decisiones de forma autónoma respecto del que tenga el nombramiento de administrador y, siempre y cuando, estos acuerdos estén tomados fuera de los cauces establecidos para el ejercicio de los derechos de socio.

Merece especial consideración el caso del grupo de empresas o empresas vinculadas en el cual se pueden comprobar que la acción de administrador siempre la

efectúa la sociedad dominante, en el sentido de que todas las decisiones que están adoptadas por las sociedades subordinadas tienen su origen en esta sociedad dominante.

Como ya se dijo en el apartado anterior el administrador de la sociedad tiene que tener requisito de dolo o culpa grave y generando o agravando la insolvencia, considerándose al administrador como culpable por las presunciones *iure et de iure* del artículo 164.2 de la Ley Concursal cuando no se cumpla la obligación legal de llevar la contabilidad, cuando se lleve doble contabilidad o se comentan irregularidades relevantes.

- ❶ Incumplimiento sustancial, de conformidad (artículo 164.1) el cumplimiento de llevar la contabilidad debe ser sustancial con lo cual se debe de examinar en cada caso concreto para aplicar esta presunción en qué consiste esta contabilidad que se debe llevar. De tal forma que habría que averiguar para el supuesto de que llevase todos los libros si esta es suficientemente relevante para conocer todos los datos del patrimonio. Así, lo primero que habría que averiguar que libros son los que se deben de llevar de forma imperativa y estos son: el libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa y debe contener también el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales. Estas cuentas anuales comprenden el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, y la Memoria. De tal forma, que no basta con tener los libros sino que estos deben cumplimentarse en la forma y con los requisitos exigidos por la ley, los cuales que están obligados a conservarse durante seis años según el artículo 30 del código de Comercio.
- ❷ En caso de doble contabilidad, entendido como la concurrencia de lo que se denomina caja B o dinero negro, esta clara su presunción *iure et de iure*, puesto que por el mero hecho de llevar esta doble contabilidad nunca estará reflejada la realidad patrimonial de la empresa.
- ❸ En cuanto a la causa de que se “*hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara*”. Por tanto la irregularidad relevante, tiene que ir referida a la falta de claridad de la situación patrimonial o financiera, falta de claridad que será en

relación a los terceros. Y es por tanto que esa irregularidad relevante afecta a aquello que la concursada ha presentado como su estado contable al público mediante la presentación del Registro Mercantil.

C) Los apoderados generales

De la lectura del artículo 164 de la Ley Concursal podemos desprender que no solamente un apoderado general pueda ser declarado responsable por el hecho de tener un “poder general” o ser apoderado de la empresa. Necesariamente para poder considerar responsables del déficit concursal a un apoderado general hay que exigirle dos requisitos, que se desprende de este artículo 164. Primero que tenga un poder general y, en segundo lugar, que este poder hubiere sido utilizado para general el estado de insolvencia o agravarlo mediando dolo o culpa grave.

Entendemos que a los apoderados generales, de los supuestos especificados en el punto 2 de este artículo 164 de la Ley Concursal, solo se le podrían aplicar los apartados 4º *“Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”*, 5º *“Cuando durante los dos anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”*, y 6º *“Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”*, que son los únicos que un apoderado general puede realizar y, puesto que los apartados 1º, 2º y 3º nunca podrán ser realizados por un apoderado general puesto que en el caso de que se realizase, utilizase o tuviese virtualidad en la realización de alguno de estos actos necesariamente tendrían que tener la consideración de administrador de hecho.

Otro aspecto a tener en cuenta para poder dotar al apoderado general como persona responsable es el uso o no de los poderes, y esto es así porque al ser el apoderamiento un negocio unilateral en el que no se requiere la aceptación del apoderado, sería imposible aplicarle una presunción de culpabilidad si este no hace uso de los poderes.

Nunca podrá ser considerado sospechoso de culpabilidad en un concurso de acreedores un sujeto o una persona que no haya utilizado los poderes puesto que podría darse el caso de que ni siquiera tuviese conocimiento de que es un apoderado.

Supongamos que un administrador diese unos poderes generales a un empleado por la confianza que tiene en él pero que no le llegase a transmitir esa circunstancia al mismo, ¿sería responsable en este caso el apoderado del concurso cuando ni siquiera tiene conocimiento de que tiene poderes generales?, la contestación es clara.

Entendemos que en ningún caso podemos asimilar apoderado general a administrador de hecho, porque el apoderado realmente interviene en la gestión de la compañía con un poder análogo al de un administrador necesariamente debe de tener la calificación de administrador de hecho. Sin embargo, en base a esos poderes generales sin llegar a ejercer de forma habitual la dirección de la empresa es cuando puede verse incurso como persona responsable y, por tanto, llegar a tener responsabilidad concursal.

El hecho de incluir como personas afectadas por la calificación a los que hubieran tenido la condición de administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y apoderados generales los dos años anteriores a la declaración del concurso no tiene otra finalidad que no dejar fuera de la culpabilidad y de la posible responsabilidad a los que hubieren originado o empeorado el estado de insolvencia de la deudora, puesto que de no ser así por el mero hecho de cesar en su cargo de administrador, liquidador o apoderado general quedaría al margen de cualquier efecto de la calificación del concurso. Con esto no se limita la posibilidad de enjuiciar la conducta de estas personas en la generación o agravación del riesgo.

D) Los cómplices

La definición de cómplice la podemos encontrar en el artículo 166 de la Ley Concursal, según el cual *“se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*.

Según Marcus Bermúdez Ávila, Magistrado del Juzgado Mercantil N° 1 de Bilbao, la amplitud del terreno literal del precepto “*realizar cualquier acto*”, constituye un retroceso en las garantías constitucionales de seguridad jurídica, presunción de inocencia el principio de legalidad sancionadora (artículo 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución Española y Sentencia del Tribunal constitucional 13/1982, de 1 de abril) e indicando que la amplitud literal del precepto casa mal con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal (STC TC 23 de Febrero 2011 y 12 de Septiembre de 2011) pero sin embargo “*la interpretación más restrictiva del artículo 166, “cómplice” será aquella persona que coopera con las personas afectadas por la calificación concursal, sin tener “dominio del hecho”, pero contribuyendo causalmente de una forma útil, pero no necesaria o imprescindible (de ser así, sería autor, no cómplice), “realizando cualquier acto”, pero siempre que este acto suponga la infracción de un deber jurídico exigible al cooperador, para merecer el reproche del ordenamiento jurídico y pueda afirmarse que existe una subordinación y relación subjetiva entre el deudor y el cómplice, constriñéndose su extensión subjetiva, con limitación de la responsabilidad, a medida que se aprecie un distanciamiento entre los sujetos. La conducta del cómplice debe serle imputable objetivamente por dolo o culpa grave*”.³⁰

Otros autores, sin embargo, ofrecen una definición de cómplice menos exigente pues si la realización de la conducta que merece la calificación de culpable contribuye de forma relevante a un tercero en el que además concurre el elemento subjetivo de voluntariedad o dolo de la situación en que se realiza el acto podrá declararse culpable.

Sin embargo, las audiencias provinciales acuden a la interpretación más amplia del cómplice y descendiendo, en cada caso concreto, para valorar las circunstancias concurrentes y condenar o no a quien viene como demandada en esta condición. Esta interpretación, al ser tan extensa, el magistrado Marcos Bermúdez considera que choca con el principio de seguridad jurídica constitucionalmente recogido.

Para que el concurso pueda calificarse como culpable tiene que ser como consecuencia del dolo o la culpa con que el deudor común participa en la causación o en

³⁰ Marcos Bermúdez Ávila, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Bilbao, “La calificación del concurso. La reforma del año 2014”.

el agravamiento del estado de insolvencia, y así viene estipulado en el artículo 164 de la Ley Concursal.

Si nos fijamos en las presunciones *iure et de iure e iuris tantum*, nos damos cuenta que la realización de las conductas que obligan a la calificación como culpable requiere además la participación de terceros, con lo cual es razonable y lógico que despliegue sus efectos contra estas personas y así nos encontramos con el artículo 166 de la Ley Concursal.

Para esta calificación de cómplice y, por tanto, sea responsable en su momento además de tener la calificación de concurso como culpable, con respecto a estos terceros colaboradores resulta imprescindible que, además de atender a su actividad, se atienda a la voluntariedad con la que se produce y a su conocimiento de que esta intervención la hace participe en la causación o agravación de la insolvencia.

Así pues, necesitamos un doble requisito que tiene que prestar la persona física o jurídica, su colaboración y que además sea llevada a cabo con dolo o culpa grave.

La declaración de complicidad o de cómplices, en el concurso culpable, se efectuará en la sentencia de calificación mediante el oportuno pronunciamiento y, así viene determinado el artículo 172.2.1 de la Ley Concursal, *“La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados general, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165 en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo el acuerdo. Si alguna de estas personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el número 4 del artículo 165 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando éste fuera posteriormente rechazada por los socios”*, con lo que en la tramitación de la sección sexta se debe dar la correspondiente

audiencia a las personas declaradas como cómplices pues así viene recogido en este artículo.

E) Posible inclusión de los socios

Tras la reforma introducida en la Ley Concursal, por el Real Decreto – Ley 4/2014, se puede llegar a la conclusión de que los socios de la mercantil puede ser consideradas como personas afectadas por la calificación culpable y, por tanto, sujetos de posible responsabilidad. Y esto es así porque el Real Decreto – Ley incentiva la capitalización de la deuda de la sociedad sirviéndose para este fin con la inclusión del mecanismo de responsabilidad concursal para los socios.

Así, en el artículo 165 de la Ley Concursal establece que existe una presunción de dolo o culpa grave a los que *“se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta”*.

Con esta nueva presunción, introducida en el artículo 165, por el Real Decreto – Ley 4/2014, se pretende fomentar la negociación del deudor y sus acreedores, así esta presunción es de culpabilidad pudiendo ser personas afectadas por la eventual sentencia de calificación como culpable del concurso aquellos socios que se niegan a la capitalización de los créditos o a una emisión de valores, pero con la singularidad que, en este caso, los administradores de la sociedad deudora que propongan a la junta el acuerdo de capitalización de créditos o de emisión de valores y esta se vea bien retrasada o bien frustrada por los socios no se verían afectados por la calificación del concurso como culpable.

V. RESPONSABILIDAD Y SANCIONES DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES.

Como se ha indicado a lo largo del trabajo, en la calificación del concurso como culpable operan tres elementos; primero, el hecho objetivo del estado de insolvencia; en segundo lugar, que el agravamiento o creación de la insolvencia sea como consecuencia de una conducta dolosa o culpable, es decir, una conducta consciente, intencionada o

maliciosa dirigida a producir la insolvencia o su agravamiento o una falta absoluta de diligencia que cause o agrave la insolvencia; y por último, e imprescindible para que exista la responsabilidad, un nexo causal entre la conducta y la generación o agravamiento del estado de insolvencia, de tal forma que si no se considera probada este nexo causal no puede existir la responsabilidad.

Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal no solo ha de calificarse el concurso como culpable y que los bienes sean insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad sino que ha de valorarse los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador.

Esto viene ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 3 de Febrero de 2015, en la cual se señalaron personas por la calificación al calificarlo como culpable pero sin embargo, la administración concursal y el ministerio fiscal, en sus respectivos informe y dictamen, no solicitaron condena al pago del déficit concursal y así ocurrió en sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2012, en que declaro como culpable determinando las personas afectadas a las cuales se les condeno a la perdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales e inhabilitándoles durante dos años para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona. Pero, sin embargo, no dando lugar la condena al déficit concursal. (*“No dio lugar a la condena del déficit concursal porque “ni el Ministerio Fiscal ni el administrador concursal, únicos legitimados para su solicitud, instan condena alguna en tal sentido, por lo que... no cabe establecer condena”*”).

Hasta la reforma de la Ley Concursal de 10 de octubre operada por la Ley 38/2011 en la que se introduce el artículo 172 bis (antiguo 172.3 de la Ley Concursal), existían dos interpretaciones judiciales acerca de la naturaleza del déficit concursal, así una de ellas, y mayoritaria, consideraba que la naturaleza jurídica de este era sancionadora, y por tanto de carácter objetivo y desprovista de cualquier elemento de culpabilidad en la producción o agravación de la insolvencia, la otra tendencia jurisprudencial, minoritaria y fundamentalmente patrocinada por la Audiencia Provincial de Barcelona, consideraba que la naturaleza jurídica se trataba de una responsabilidad por daños, con lo que era necesario acreditar una relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, además de ello debía justificarse la cuantía de la condena.

Estas distintas posturas o interpretaciones jurisprudenciales fueron alteradas o modificadas, no por la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de octubre, Concursal, sino a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 y posteriores en las que estableció que la responsabilidad por el déficit concursal no era una responsabilidad de naturaleza sancionadora ni de naturaleza de responsabilidad por daños, sino que la Naturaleza se correspondía **con una responsabilidad por deuda ajena**, ya que la deuda es de la concursada persona jurídica declarada insolvente y el que debe de responder de esta insolvencia son las personas afectadas por la calificación de culpable. No era necesario que se acreditase la relación de causalidad y establecer la cuantía de la condena en base a la misma, sino que la cuantía tenía que ser ponderada por los Tribunales en cada caso concreto y conforme a las circunstancias de cada uno de los casos, teniendo una amplia discrecionalidad los Jueces de lo Mercantil para establecer la cuantía a que debían de ser condenados las personas afectadas por la calificación, discrecionalidad que si bien tenía que ser debidamente justificada al amparo del artículo 120.3 de la Constitución Española.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 desarrolló la concepción del régimen de responsabilidad concursal y así concretó los siguientes puntos:

- No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave – imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal –, sino de "**un supuesto de responsabilidad por deuda ajena**", cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.
- *"No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo - algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador..."*.

- La norma atribuye al Juez una **amplia discrecionalidad**, razón por la que **de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores** de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *"si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la **gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado** en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso"*.
- Es necesario – prosigue esta Sentencia, siguiendo la de 6 de octubre de 2011 – que *"el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de **fundamentar el reproche necesario**, los distintos elementos subjetivos y objetivo 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. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011."*

La sentencia de 28 de febrero de 2013 reitera que *"si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros resulta adecuado el que, prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la **gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado** en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, **habida cuenta de la posible pluralidad de varios intervinientes (especialmente en el caso de consejo de administración y posibles delegaciones internas), la duración del cargo**, etc.*

Siguiendo esta doctrina, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 20 de noviembre de 2013 que *"La imposición de la responsabilidad no es automática como consecuencia de la consideración del concurso como culpable, sino que **exige un juicio de imputación autónomo y añadido al de la culpabilidad**, aunque pueda nutrirse de algunos de los elementos que determinaron la calificación culpable, tal y como resulta de esos criterios jurisprudenciales establecidos*

por el Tribunal Supremo.” Sin embargo, los parámetros de ese juicio de imputación de responsabilidad no son los propios de la responsabilidad por daños.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15ª, de 23 de abril de 2012, se decía que *"como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011."*

Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva, reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales.

Tras la última modificación sufrida por el artículo 172.bis de la Ley Concursal por el Real Decreto – Ley 4/2014 se ha incluido en el mismo *in fine* *"...en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia."*

Como se puede observar esta modificación legislativa obliga a que la interpretación que se haga del déficit concursal sea matizada puesto que el legislador introduce la exigencia de la relación de causalidad entre la conducta de las personas afectadas por la calificación y la insolvencia que se produce, y por tanto, con especial relevancia para la cuantificación de la condena.

Esta matización introducida por la última reforma es clara en cuanto a la exigencia de la relación de causalidad, así la introducción del texto *"...en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia."* no deja lugar a dudas de que es necesaria la exigencia de la relación de causalidad entre la generación o agravación de la insolvencia y la conducta que ha llevado a ella, y por tanto a diferencia de la interpretación realizada hasta ahora, las conductas especificadas en los artículos 164.2 de la Ley Concursal o las del artículo 165 son suficientes para calificar el Concurso como culpable, pero no son suficientes para condenar al pago del déficit concursal del artículo 172 bis de la Ley Concursal que solo

será aplicable cuando la conducta de las personas afectadas por la calificación sean la generadora de la insolvencia o de su agravación.

Podríamos decir que esta reforma del artículo 172 bis de la Ley Concursal, operada por el Real Decreto – Ley 4/2014, recoge la posición del Voto particular de la sentencia de 21 de mayo de 2012 emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, quien consideró que esta interpretación dada por el Tribunal Supremo afectaba a la seguridad en el tráfico jurídico y que el criterio de imputación de responsabilidad debe de ser como consecuencia de la conducta de la persona afectada por la calificación y, por tanto, deberá de responder en la proporción en que haya generado o agravado la insolvencia.³¹

³¹ Si es cierto, como afirma la Sala hasta la saciedad, que en el artículo 172.3 Ley Concursal, EDL 2003/29207, “*la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, es lógico que el criterio para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores o liquidadores sociales y su alcance sea la incidencia que la conducta ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.. Ya se siga el criterio de la mayoría o el de este voto particular, cuando se haya justificado la calificación culpable del concurso de la sociedad porque en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores (artículo 164.1 Ley Concursal), aunque sea apoyándose en la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165 Ley Concursal, la responsabilidad ex artículo 172.3 Ley Concursal de los administradores o liquidadores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación estará en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la agravación o generación de la insolvencia.. De este modo el criterio de imputación de responsabilidad vendría determinado por la incidencia que la conducta del administrador o liquidador, merecedora de la calificación culpable del concurso, hubiera tenido en la agravación o generación de la insolvencia. En la mayor o menor medida que haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder, lo que ordinariamente se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal: si es responsable totalmente de la generación de la insolvencia, será condenado a pagar todo el déficit concursal; si es responsable de haber contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, habrá que graduar estimativamente esta incidencia. La determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del art. 74 Ley Concursal, debería estar en condiciones de identificar de*

Entendemos que la frase “...en la medida en que la conducta que haya determinado la calificación culpable haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia” no es propiamente un cambio del régimen jurídico anterior, sino una matización de la jurisprudencia que lo interpretaba, pues viene a establecer que debe haber una relación de causalidad y que dicha relación de causalidad es el parámetro que debe utilizarse para la cuantificación de la condena al pago del déficit concursal.

Nótese que con la redacción anterior del artículo 172 bis (y antes del 172.3), ya era posible interpretar que era necesaria una relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, que había que demostrarla y que debía de servir de parámetro para la valoración de la condena. Tanto es así que ese era el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona, e incluso de algún magistrado del Tribunal Supremo (ver especialmente el voto particular de D. Ignacio Sancho Gargallo a la sentencia de 12 de abril de 2012 en la Fundamentación Jurídica).

forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia. La seguridad jurídica exige un criterio claro de imputación de responsabilidad. La interpretación formulada en este voto pretende aportar mayor seguridad jurídica, pues deja claro a quienes intervienen en el tráfico jurídico, como administradores o liquidadores de sociedades mercantiles, el marco de responsabilidad que asumen con su actuación. Saben que responderán del déficit, en caso de concurso de acreedores de la sociedad, en la medida en que hayan contribuido a generar o agravar la insolvencia.

Por contra, el criterio seguido por la mayoría podría generar inseguridad, pues impide conocer de antemano los presupuestos de la posible responsabilidad y su relación o conexión con su alcance. Tal es así, que en la práctica no deja margen de revisión, y un ejemplo paradigmático es el presente caso. He mencionado antes que el presente caso es un buen ejemplo de la inseguridad generada, porque la sentencia votada por la mayoría ha pasado por alto que no existe la valoración de los elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos que han motivado la calificación culpable del concurso, para justificar de forma añadida por qué se condena a los administradores a pagar mancomunadamente los créditos insatisfechos con la liquidación. Tampoco sabemos por qué se les condena a todos a pagar por partes iguales, siendo que la participación de cada uno de los administradores es distinta: a D^a Elsa, tan sólo se le imputa la simulación del activo ficticio; a D. Evelio, esta simulación del activo ficticio y un cobro indebido de 113.856 euros; y a D. Anselmo, haber detraído 200.000 euros. No sabemos cómo la valoración concreta de los elementos objetivos y subjetivos de cada una de estas conductas ha desembocado en la condena al pago por partes iguales de todo el déficit, ni tampoco la significación que puede tener el hecho de que por otro título más claro, el previsto en el art. 172.2.3^o LC, se haya condenado a D. Evelio y a D. Anselmo a devolver las cantidades indebidamente percibidas. Es lógico que los condenados puedan hacerse estas preguntas y a ellas deberíamos dar respuesta, si queremos suministrar seguridad jurídica.”

Es decir, que lo que había era una laguna en la norma que permitía tanto interpretar que se requería relación de causalidad como lo contrario.

A la conclusión a la que se podría llegar es que la introducción de la frase “...*en la medida en que la conducta que haya determinado la calificación culpable haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia*” por el Real Decreto – Ley 4/2014, de 7 de marzo, debe considerarse como una norma interpretativa, pero reas la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1ª Pleno de 12 de enero de 2015. La cuestión ha sido aclarada en su fundamento de jurídico cuarto al tratar expresamente de la “*Trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto – ley4/2014, de 7 de marzo.*”

Entiende el Tribunal Supremo que esta modificación no afecta a la responsabilidad contractual exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto – Ley 4/2014, de 7 de marzo de 2014, por varias razones:

Primero, porque no es una norma sancionadora y por tanto no puede aplicársele la doctrina de la retroactividad de las normas.³²

En segundo lugar, porque no puede aplicársele a la reforma Legal lo que la sala denomina como "*normas interpretativas o aclaratorias*"³³ puesto que este inciso final

³² TS de la Sala 1ª Pleno de 12 de enero de 2015: "... como ya declararon las sentencias núm. 56/2011, de 23 de febrero EDJ 2011/13870, y 669/2012, de 14 de noviembre EDJ 2012/331579, la norma que regula la responsabilidad concursal no es una norma sancionadora por lo que no son aplicables las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables. No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales."

³³ TS de la Sala 1ª Pleno de 12 de enero de 2015: "La segunda razón es que ni siquiera puede considerarse que la reforma legal tenga la retroactividad que esta Sala ha atribuido a lo que ha denominado como "*normas interpretativas o aclaratorias*" (sentencias núm. 725/2009 de 18 de noviembre EDJ 2009/271307, 469/2010, de 27 de julio EDJ 2009/271307, y las en ellas citadas). El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente

introducido supone "un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa considerarse la reforma legal", criterio que no podemos compartir; por cuanto el voto particular que formulan a esta sentencia, el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo y el Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol, y como ya constaba en el voto particular de la Sentencia 298/2012 de 21 de mayo, la *ratio iuris* de la responsabilidad concursal por déficit radica en la contribución de los sujetos responsables afectados por la calificación a la generación o agravación de la insolvencia, por lo que estos deberán responder de la satisfacción del perjuicio mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.³⁴

La sentencia es clara y así manifiesta que "*Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una cierta evolución y la*

uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta "*ex lege*" de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada en alguna de las sentencias de esta Sala entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.

³⁴ Voto concurrente que formulan el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo y el Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol a la Sentencia de Pleno núm.772/2014, de 12 de enero (recurso núm. 473/2013).2. En el voto particular de la Sentencia 298/2012, de 21 de mayo EDJ 2012/128139 , ya se expusieron las razones por las que la justificación o *ratio iuris* de la responsabilidad por déficit prevista en aquellos preceptos (el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 y el posterior artículo 172 bis de la Ley Concursal EDL 2003/29207) radica en la contribución, de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos. El déficit, que impide puedan ser pagados todos los créditos, es el resultado de la insolvencia. Es lógico que quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, respondan de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.

introducción de algunos matices por una u otra sentencia), 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”.”

VI. CONCLUSIONES

Entendemos que la reforma del artículo 172 bis de la Ley Concursal no hace sino confirmar la doctrina jurisprudencial según la cual se requerirá una prueba de la relación de causalidad entre la conducta de la persona afectada por la calificación, generadora o agravadora de la insolvencia, y el importe del déficit concursal. De este modo, y aun existiendo una conducta dolosa o culpable determinante de un concurso culpable (de conformidad a las presunciones *iure et de iure* del artículo 164.2 de la LC o las presunciones *iuris tantum* del artículo 165), tal calificación por sí sola no comportará una condena automática a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial. Esto porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal la condena se producirá “...en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.”

Se necesita un análisis pormenorizado de cada una de las conductas que sean causa directa del déficit concursal (patrimonial) para determinar en qué cuantía deben de contribuir a ese déficit concursal.

Adquiere especial relevancia la figura del Administrador Concursal en la determinación de la cuantía en que deben responder las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable y en las que se haya probado la relación de causalidad. Es razonable que sea así porque este órgano es el que va a tener los datos objetivos que puedan acreditar dicha circunstancia, debiéndose limitar el Juez a las determinaciones que se especifiquen en el informe del Administrador Concursal.

Aunque el Juez tenga una gran libertad moderadora en cuanto al establecimiento del quantum, parece sensato que sea acorde al informe del administrador concursal.

Por último, aun a pesar del criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, Pleno de 12 de enero de 2015, entiendo que la reforma operada tiene más de norma interpretadora que de cambio de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal y, por tanto, como norma que aclara o interpreta es aplicable desde la vigencia de la norma que aclaran o interpretan, siendo por tanto aplicable desde la reforma operada a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre³⁵. Y así lo manifiesta claramente dicha sentencia en su fundamento de derecho cuarto al decir “*Dicha modificación no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto – Ley 4/2014, de 7 de marzo, como es el caso objeto del recurso, por varias razones.*”

En atención a las consideraciones, y a los juicios de valor realizados en este trabajo, debemos igualmente concluir que la Ley Concursal, en su sección de calificación, permite distinguir distintos ámbitos de responsabilidad. Esto en un doble sentido; primero, en concreto a los sujetos responsables, entendiéndose por estos no a las personas relacionadas con el deudor concursado que se subsumen en el artículo 93 de la Ley Concursal, los cuales se refieren a las personas del entorno del concursado, sino que se refiere a los sujetos que tienen poder de decisión. Partiendo de que la Ley Concursal no da una definición de persona afectada por la calificación, se delimita el concepto de persona responsable o persona afectada por la calificación de forma negativa. Entendiéndose persona afectada, por lo tanto, cualquier persona que tenga posibilidad de adoptar decisión en el ámbito del deudor concursado o bien, por su conducta, producir o

³⁵ STC Tribunal Supremo, Sala 1ª Pleno, 12 de Enero de 2015, nº 772/2014, rec. 473/2013, fundamento de derecho tercero: “... *no hace... una aplicación automática de la responsabilidad del administrador por el déficit concursal,...* Lo que afirma es que la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal... *participan... de una misma naturaleza en tanto que no constituyen una responsabilidad resarcitoria, por daño, sino una responsabilidad por deuda ajena. Al hacerlo así, la Audiencia no se aparta de la jurisprudencia de la Sala...la responsabilidad prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, naturaleza que no queda oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo.*”

agravar la insolvencia. Siempre y cuando estas personas no sean ni los cómplices ni las personas especialmente con el concursado definidas en el artículo 93 de la Ley Concursal, salvo que estas ostenten la condición de administrador y/o liquidador de hecho o de derecho. En definitiva, que ostente un cargo directivo o con el suficiente poder de imponer su decisión a la concursada. De tal forma se equipara al concursado las personas afectadas, puesto que no hay diferenciación de ambos a lo largo de la Ley concursal.

Y, en segundo lugar, en cuanto al contenido o al perfil de esta responsabilidad, además de ser persona afectada por la calificación debe haber mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia. La gravedad de esta conducta será determinante de la responsabilidad que le corresponda en la cobertura del déficit patrimonial.

Asimismo la jurisprudencia ha configurado la responsabilidad de las personas afectadas como una responsabilidad por deudas vinculada al déficit o al descubierto generado a la sociedad, aunque el juez tenga un amplio margen para aplicar el déficit concursal. Así, en cuanto a la condena la jurisprudencia no suele equiparar al total del déficit concursal.

El planteamiento de la jurisprudencia es que no se realiza una aplicación automática de la responsabilidad por déficit concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal (actual artículo 172 bis de la Ley Concursal), sino que se debe valorar los elementos subjetivos o objetivos del comportamiento de la persona afectada por la calificación. Al final, la jurisprudencia lo que hace es establecer la naturaleza jurídica de esta responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, aunque tenga el juez una amplia discrecionalidad en cuanto al pronunciamiento de condena y la fijación del alcance cuantitativo por el que deben de responder las personas afectadas por la calificación.

Tras la reforma operada por el Real Decreto – Ley 4/2014 de 7 de marzo y convalidado por la ley 17/2014 de 30 de septiembre, el legislador liga la condena a “...la medida de que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Con este tenor, en consecuencia, lo relevante no es la conducta sino la cuantificación de la responsabilidad de la persona responsable, o

dicho de otra forma, la determinación de la cantidad de la que debe responder. Por tanto, no es la conducta sino que cantidad de déficit ha producido esa conducta.

Esta modificación, según la jurisprudencia, no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigido en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto – Ley 4/2014 de 7 de marzo. Solamente es aplicable a los concursos en los que la pieza de calificación se abra con posterioridad a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto – Ley. Esto es así porque la norma que regula la responsabilidad concursal no es una norma sancionadora; no son aplicables, por tanto, las reglas jurídicas vinculadas a este tipo de normas y, en particular, la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables.



VII. BIBLIOGRAFÍA. FUENTES CONSULTADAS

A) Bibliografía

ALCOVER GARAU, Guillermo (1997) “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales” en *Revista de Derecho de Sociedades*, número 8, p. 265 – 271

ALCOVER GARAU, Guillermo (2007) “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 7, Sección Varia, p. 91.

ALCOVER GARAU, Guillermo (2008) “La calificación concursal y los supuestos de complicidad” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 8, Sección Ponencias, p. 133 – 138.

ALONSO UREBA, Alberto (2004) “El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 1, Sección Estudios, p. 91 – 108.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto (2011) “La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 14, p.97.

BACIGALUPO, Silvana (2008) “Administración concursal y responsabilidad penal” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 8, p. 309 – 320.

BERMÚDEZ ÁVILA, Marcos (2014) “La calificación del concurso. La reforma del año 2014” en *I Foro Concursal del TAP*, Bilbao.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L, “El administrador de hecho de las sociedades”

DO ROSARIO ESPOFÁNO, María (2012) “La reforma del Código de Insolvencia y de la Recuperación de Empresas (por la ley n.º 16/2012, de 20 de abril)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 17, Sección Noticias Comentadas, p. 423.

FERRÉ FALCÓN, Juan (2008) “La administración oculta o indirecta en el marco de la calificación concursal: estudio de un caso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 9, Sección Cuestiones Prácticas, p.303.

GARCÍA - CRUCES, José Antonio (2005) “Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)” en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Marcial Pons, Madrid, p. 4913 y ss.

GARCÍA - CRUCES, José Antonio (2010) “Administradores sociales y administradores de hecho” en *Estudios de Derecho Mercantil*, en memoria del profesor Andrés Aníbal Sánchez, J.C Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet, A. Martínez Flórez (coord.), Civitas – Thomson, Ciur Menor, p. 534.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes (2011) “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 20, Sección Varia.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada (2012) “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 Bis del proyecto de reforma de Ley Concursal” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 15, Sección Comunicaciones.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada (2013) “La responsabilidad concursal del administrador de hecho” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 16, Sección comentarios y reseñas de Jurisprudencia, p.249.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada (2013) “El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 20, Sección Varia.

HUERTA VIESCA, María Isabel y RUIZ DE VILLA, Daniel (2013) “La responsabilidad concursal de los administradores” en *Anuario de Derecho concursal*, número 28, BIB/2012/3155.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. y DÍAZ MORENO, Alberto (Coords.) (2014) “La calificación del Concurso”, en Vázquez Cueto, José Carlos. *Derecho Mercantil. Volumen 10º, Derecho concursal*, Marcial Pons.

LÓPEZ APARCERO, Antonio (2012), “Claves de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa” en *Diario La Ley*, número 7917, Sección Tribuna.

MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando (2013), “Responsabilidad concursal” en *Anuario de Derecho Concursal*, número 28, BIB/2012/3150.

MORENO SERRANO, Enrique (2007) “Tirado, I., Los administradores concursales, Thomson – Civitas, Madrid 2005, 825 páginas” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 6, Sección Recensión, p. 512.

MORILLAS JARILLO, María José (2007) “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal” en *Revista de Derecho Concursal y para Concursal*, número 7, Sección Estudios, p. 15 – 42.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús (2007) “La responsabilidad de los administradores concursales” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 7, Sección Estudios, p.17.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús (2009) “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 10, Sección Estudios, p.19.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús (2013) “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 18, Sección Estudios, p.51.

ROCA GUILLAMÓN, Juan (2009) “Responsabilidad civil de los administradores concursales” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 10, Sección Estudios, p.95.

ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio (2005) “El nuevo régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales” en *Revista de Derecho Concursal y para Concursal*, número 3, p. 127 – 148.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio (2007) “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital” en *Revista de Derecho*

Concursal y Para Concursal, número 7, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, p. 143.

SAINT – ALARY – HOUIN, Corinne (2008) “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores de sociedades sometidos a un procedimiento colectivo” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 9, Sección Reseña legislativa española y comparada, p.345.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, SACRISTÁN BERGIA, Fernando Y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo (2006) “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. (La Sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto)” en *Revista de Derecho Concursal y para Concursal*, número 5, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, p. 199 – 228.

TORRUBIA CHARLMETA, Blanca (2013) “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias” en *Revista de Derecho Mercantil*, número 287, BIB/2013/391.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás (2013) “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (comentario a la SAP Vizcaya de 17 de siempre de 2013)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 20, Sección comentarios y Reseñas de jurisprudencia.

VELA TORRES, Pedro José (2005) “Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad” en *Revista de Derecho Concursal y para Concursal*, número 3, p. 89 – 106.

VICENTE CHULIÁ, Francisco (2006) “La responsabilidad de los administradores en el concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Para Concursal*, número 4, Sección Estudios, p. 15.

B) Legislación

España. Real decreto, de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

BOE, 16 de Octubre de 1885, núm.289.

España. Constitución Española

BOE, 29 de Diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313 – 29424.

España. Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

BOE, 10 de Julio de 2003, núm. 164.

España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, Concursal.

BOE, 10 de Julio de 2003, núm. 164, p. 26901 – 26905.

España. 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, 3 de Julio de 2010, núm.161.

España. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

BOE, 11 de Octubre de 2011, núm.245, p. 106745 – 106801.

España. Real Decreto – Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de duda empresarial.

BOE, 8 de Marzo de 2014, núm. 5810, p. 21944 – 21964.

España. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

BOE, 6 de Septiembre de 2015, núm.217, p. 69767 – 69785.

España. Real Decreto – ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

BOE, 28 de Febrero de 2015, núm.51, p. 19058 – 19101.

C) Jurisprudencia

a) Audiencia Provincial

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de Enero de 2005, nº 21/2005.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, 9 de Marzo de 2005.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 27 de Abril de 2007, nº 231/2007.

Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1ª, 29 de Septiembre de 2008.

Sentencia Audiencia Provincial de Alicante, 24 de Febrero de 2009, nº 82/2009.

Sentencia Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, 25 de Septiembre de 2009.

Sentencia Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, 9 de Febrero de 2010.

Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, 18 de Octubre de 2010, nº 606/2010.

Sentencia Audiencia Provincial de León, sección 1ª, 3 de Mayo de 2011, nº 150/2011.

Sentencia Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de Julio de 2011.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, 25 de Noviembre de 2011, nº 342/2011.

Sentencia Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 5 de Julio de 2012, nº 385/2012.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 23 de Abril de 2012, nº 154/2012.

Sentencia Audiencia Provincial de Alicante, 30 de Octubre de 2012, nº 446/2012.

Sentencia Audiencia Provincial de Lleida, 28 de Noviembre de 2012, nº 431/2012.

Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya, 17 de Septiembre de 2013, nº 487/2013.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, 20 de Noviembre de 2013, nº 414/2013.

b) Tribunal Supremo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 10 de Mayo de 1999, nº 3147/1999.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 8 de Febrero de 2008, nº 1708/2009.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 6 de Octubre de 2011, nº 644/2011.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 16 de Julio de 2012, nº 501/2012.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 12 de Febrero de 2013, nº 29/2013.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de Mayo de 2013, nº 343/2013.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, sección 1ª, de 3 de Febrero de 2015, nº 10/2015.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, 12 de Enero de 2015, nº 772/2014

c) Tribunal Constitucional

Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 1 de abril de 1982, nº 13/1982.

Sentencia Tribunal Constitucional, 23 de Febrero de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 12 de Septiembre de 2011, nº 135/2011.

d) Juzgados

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Granada de 30 de Septiembre de 2011, nº 254/2011.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao de 31 de Octubre de 2011.

D) Páginas Web

<http://www.boe.es/>

<http://europa.sim.ucm.es/compludoc/> (Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid).

<http://www.laley.es/>

<http://www.noticias.jurídicas.com/>

<http://www.elderecho.com/>

<http://www.aranzadigital.es/>

