

## RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MAYO DE 2012

**GUILLERMINA ESTER RODRÍGUEZ**

*Socia del Área de Contencioso,  
Público y Regulatorio*

PEREZ-LLORCA

[gester@perezllorca.com](mailto:gester@perezllorca.com)

Tel: (+34) 91 426 03 68

Fax: (+34) 91 436 04 30

[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)

### I. PLANTEAMIENTO

La cuestión de cuál es la responsabilidad que cabe exigir a los administradores de una sociedad en concurso ha ocasionado un apasionado debate desde que empezara a aplicarse la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ("LC"), y sus disposiciones sobre calificación del concurso y responsabilidad. La articulación de las diferentes acciones en materia de responsabilidad de administradores de una sociedad en concurso ha sido objeto de distintas modificaciones, a través de la LC y de la Ley de Sociedades de Capital<sup>1</sup> ("LSC"), sin que se haya alcanzado todavía una integración sistemática definitiva de las responsabilidades sociales y/o concursales de los administradores. Tomando como punto de partida una más que cuestionable redacción, que las sucesivas reformas de la LC han tratado de mejorar sin mucho éxito, la cuestión de cuál es la responsabilidad concursal exigible a los administradores (y otros) ha dado lugar a uno de los debates más importantes de nuestros Tribunales en la aplicación de la LC.

Con ocasión de la última sentencia de nuestro Tribunal Supremo sobre calificación del concurso y la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores, Sentencia 298/2012, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012, y el voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, en las siguientes líneas repasaremos cómo se ha venido entendiendo esa responsabili-

dad concursal a través de las divergentes interpretaciones de la Audiencia Provincial de Barcelona ("**Audiencia de Barcelona**") y la Audiencia Provincial de Madrid ("**Audiencia de Madrid**"), cuál ha sido y es el parecer de nuestro Tribunal Supremo sobre esta cuestión y algunos de los interrogantes que quedan pendientes de responder.

Como decíamos, esta discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad del administrador cuando la sociedad está en concurso se incardina dentro del marco más general de la responsabilidad de los administradores sociales desde el ámbito del derecho societario y concursal en los que se regula el ejercicio de acciones de responsabilidades por daño y por deudas, y en el que conviven hasta cuatro tipos distintos de acciones tendentes a exigir responsabilidad a los administradores en el desarrollo de sus actuaciones, a saber (i) la acción social de responsabilidad contra el administrador ejercitada por la sociedad por daños causados a la sociedad, regulada en el art. 238 LSC, de naturaleza contractual; (ii) la acción individual de responsabilidad contra el administrador por daños causados a los socios o a tercero (acreedores), regulada en el art. 241 LSC, de naturaleza extracontractual que responde al esquema típico de acción u omisión, daño y relación causal; (iii) la acción de responsabilidad contra el administrador por deudas de la sociedad, regulada en el art. 367 LSC, que si bien con matices en su aplicación, responde a la idea de responsabilidad-sanción; y, por último (iv) la responsabilidad del administrador de la sociedad en concurso que a su vez contempla dos posibles condenas pecuniarias, la de indemnización de daños y perjuicios recogida en el art. 172.2.3º LC<sup>2</sup> y la condena a la cobertura del déficit concursal, recogida en el art. 172bis LC<sup>3</sup>.

La integración y coordinación (no sólo procesal) de las distintas acciones de responsabilidad concurrentes en supuestos de concurso de la sociedad es una de las cuestiones pendientes de resolver

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>2</sup> El art. 172.2.3º establece: "*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.*"

<sup>3</sup> El art. 172bis establece, a los efectos que aquí interesa: "*1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit.*" El art. 172bis fue introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El art. 172bis se corresponde con el art. 172.3 LC en su redacción antigua.

más relevantes y más necesarias en el panorama concursal actual. Las sucesivas reformas de la LC han pasado por el alto esta cuestión, y salvo puntuales ajustes más de carácter procesal que de integración sistemática, continúa pendiente de abordarse por nuestro legislador. Pasaremos por alto esta cuestión y nos centraremos a continuación en cuál ha sido el devenir de nuestros Tribunales y en la última interpretación del Tribunal Supremo sobre cuál es la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores ex art. 172bis<sup>4</sup> LC.

Como decíamos, existía una confrontación doctrinal entre el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona y la Audiencia Provincial de Madrid (el resto de audiencias provinciales se han unido a una u otra corriente) que ha generado un generoso debate que el Tribunal Supremo se ha encargado de enriquecer.

En una aproximación simplista<sup>5</sup> del tema, la cuestión ha sido reducida a la calificación jurídica de responsabilidad resarcitoria versus responsabilidad sanción. Para la Audiencia de Barcelona, -hasta hace poco- el artículo 172bis LC respondía a un esquema de responsabilidad basado en el daño y en la culpa. En cambio, para la Audiencia de Madrid la responsabilidad concursal de los administradores al amparo del art. 172bis LC es el reflejo concursal de la normativa societaria, de tal manera que la responsabilidad a cubrir el déficit concursal sería el equivalente en sede concursal de la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC.

## II. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS SEGÚN LA AUDIENCIA DE BARCELONA<sup>6</sup> HASTA EL 23 DE ABRIL DE 2012

El esquema seguido por la Audiencia de Barcelona

consiste en distinguir entre la calificación del concurso como culpable o fortuito y, para el caso de que se califique como culpable, determinar cuáles son las consecuencias económicas para los hallados culpables. De tal manera que una primera fase -la de calificación del concurso como culpable- puede o no ser necesaria establecer una relación de causalidad -en función del supuesto alegado 164.1 (y 165) LC versus supuestos del 164.2 LC- y en una segunda fase, declarada la culpabilidad del concurso y en determinados supuestos<sup>7</sup>, se requiere un análisis de la relación de causalidad para evaluar si esa conducta generó o agravó, y en qué medida, el estado de insolvencia.

Según lo entiende la Audiencia de Barcelona, a la hora de calificar el concurso como culpable o fortuito hay que atender a un triple criterio: (i) el supuesto general del art. 164.1 LC que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave de los administradores<sup>8</sup>; (ii) los supuestos del art. 164.2 LC que merecen por sí mismos la calificación del concurso como culpable, sin importar que concurra o no dolo o culpa grave, esto es, la ley tipifica una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación de culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia y si en su realización, el administrador incurrió en dolo o en culpa grave; y, por último (iii) los supuestos del art. 165LC en los que se presume el dolo o culpa grave, salvo que se demuestre lo contrario<sup>9</sup>.

Atendiendo a este planteamiento de la cuestión, ocurre que la calificación de un concurso como culpable resulta relativamente sencilla y fácil de predecir. Cuestión distinta serán las consecuencias económicas que de esa calificación se deriven y,

<sup>4</sup> Entendemos que la reforma introducida en el art. 172bis LC -antes art. 172.2.30- no afecta a los pronunciamientos judiciales sobre la cuestión de la responsabilidad concursal de los administradores. Por ello, el análisis que realizamos de los pronunciamientos judiciales existentes sobre esta cuestión continúa siendo plenamente vigentes a la luz del nuevo art. 172bis LC.

<sup>5</sup> Muñoz Paredes, A., *La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal en Tratado Judicial de la Insolvencia*, Tomo II, Prendes Carril, P. y Muñoz Paredes, A (Directores), pág. 692 y ss., Aranzadi, 2012.

<sup>6</sup> Ver, entre otros, Autos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 y 21 de febrero de 2008, y Sentencias de 19 de marzo y 29 de noviembre de 2007, Sentencia de 14 de septiembre 2009 (AC\2099\2002) y Sentencia de 3 de noviembre de 2010 (AC\2011\1699).

<sup>7</sup> Los recogidos en el art. 172bis LC: "1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit." (el subrayado es nuestro).

<sup>8</sup> O de sus liquidadores, de hecho o de derecho, y de sus apoderados generales, que hubieran tenido cualquiera de estas condiciones en los dos años anteriores a la declaración de concurso. A lo largo del presente artículo, nuestro análisis se refiere siempre a persona jurídica.

<sup>9</sup> Visto el contenido de las conductas (incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso, incumplir el deber de colaborar con el juez del concurso y la administración concursal, e incumplir el deber de llevanza de la contabilidad) parece a priori difícil esa prueba en contrario teniendo en cuenta que constituyen incumplimientos de deberes legales que suponen por sí mismos, cuando menos, una negligencia grave.

en concreto, el juicio que se habrá de realizar a la hora de apreciar la responsabilidad y condena del administrador a cubrir el déficit concursal. A ello nos referimos a continuación.

Aclarado si procede o no la calificación del concurso como culpable, caso de entenderse culpable, la LC regula cuál ha de ser el contenido de esa sentencia de calificación culpable. El art. 172.2 LC establece que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá: (i) la identificación de las personas afectadas por la calificación y sus cómplices; (ii) la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar durante un período de 2 a 15 años; (iii) la pérdida de los derechos que tuvieran en el concurso, debiendo devolver los bienes y derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa activa, y, en su caso, (iv) la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Para la Audiencia de Barcelona -y es aquí donde radica uno de los principales puntos de confrontación entre la Audiencia de Barcelona y la Audiencia de Madrid- esta condena restitutoria del art. 172.2.3º LC se encamina a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable del concurso, pero no afecta a los daños derivados de la insolvencia (que provoca que los créditos resulten total o parcialmente insatisfechos) a que haya podido contribuir dicho acto, esto es, el déficit concursal, que son objeto de reparación a través del art. 172bis LC.

Esta distinción de qué daños se están indemnizando en uno -el del art. 172.2.3º LC- y otro supuesto -el del art. 172bis LC- resulta clave para Barcelona. Para la Audiencia de Barcelona, estamos ante una responsabilidad de idéntica naturaleza en uno y otro supuesto, pero el objeto de resarcimiento es diferente, los daños y perjuicios que se indemnizan en uno y otro supuesto son distintos. Mientras que en el supuesto del art. 172.2.3º LC se protege e indemniza un daño directo e individual, esto es, los daños causados a uno o varios sujetos concretos por el acto que motivó la calificación culpable del concurso, en el supuesto del art. 172bis se indemniza las consecuencias que el acto que generó (o agravó) la insolvencia que motiva el concurso, ha causado al conjunto de los acreedores concursales que no podrán cobrar el total de sus créditos, esto

es, un daño colectivo. Lo explica muy bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de noviembre de 2009 (AC\2011\1699):

*" (...) esta condena a indemnizar daños y perjuicios [ex art. 172.2.3º LC] no sólo va dirigida a la persona afectada por la calificación sino que también puede alcanzar a los cómplices; y es consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, ya sean concursales o contra la masa, y, sobre todo, a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor (...) Los daños y perjuicios a que se condenara a pagar a la(s) persona(s) afectada(s) por la calificación y/o a los cómplices van ligados a la referida condena restitutoria, como por ejemplo, la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes o derechos que deben restituirse o la imposibilidad de verificarse dicha devolución por haber perecido los bienes o haber ido a parar a terceros de buena fe o que gozan de irrevindicabilidad o de protección registral. En cualquier caso, se trata de daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable de concurso, pero no afecta a los derivados de la insolvencia a que haya podido contribuir dicho acto, esto es, los créditos concursales insatisfechos, que son objeto de reparación a través de un medio específico previsto en el apartado tercero de este art. 172 LC." (Fundamento de Derecho Quinto, el subrayado es nuestro).*

Atendiendo a esa explicación, el sistema de responsabilidad no es redundante y no hay duplicidad de condenas.

Centrándonos en el ámbito de la responsabilidad ex art. 172bis LC, para la Audiencia de Barcelona, toda vez que el art. 172bis LC establece que el juez *podrá* condenar a cubrir el déficit concursal, se podrán dar dos escenarios; o que el juez condene o que el juez no condene. Si el Juez puede con-

denar, es que también puede no condenar. A esta discrecionalidad del Juez para condenar o no, se une la discrecionalidad del Juez para fijar el alcance de la condena, esto es, a cuánto condena a quién.

Para la Audiencia de Barcelona no es suficiente la mera calificación del concurso como culpable y será necesario determinar cuál es el grado de incidencia que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia. En la mayor o menor medida que la conducta dolosa o gravemente negligente del administrador haya contribuido a esta generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida debe responder el administrador, lo que se plasmará en la condena a pagar un tanto por ciento del déficit concursal. Para la Audiencia de Barcelona, únicamente resulta jurídicamente explicable la graduación cuantitativa de la condena si partimos de una naturaleza de carácter resarcitorio basado en la responsabilidad por culpa y daño, y la causalidad entre el acto y el daño, que permite modular cuantitativamente la condena en la medida que la conducta dolosa o gravemente negligente del administrador ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia.

### III. EL CRITERIO DE LA AUDIENCIA DE BARCELONA TRAS LA SENTENCIA DE 23 ABRIL DE 2012

Y cuando creíamos que la Audiencia de Barcelona se asentaba sobre una sólida base de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, llegó la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2012 (JUR\2012\176693) que supone un cambio en la postura que hasta entonces había venido sosteniendo.

En esta sentencia, la Audiencia de Barcelona admite que no se trata de una acción estricta de resarcimiento, pero también niega que esta responsabilidad tenga carácter propiamente sancionador. La Audiencia de Barcelona reconoce que esta responsabilidad tiene una función de resarcimiento, pero su naturaleza no es la propia de una acción de daños. Para la Audiencia de Barcelona, el fundamento de esa responsabilidad no es un nexo causal si no de atribución del riesgo de insolvencia que deja de pesar sobre la sociedad e indirectamente sobre sus acreedores, y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad, cuando incurre en las con-

ductas que permiten considerar culpable el concurso.

Para justificar este cambio de criterio, la Audiencia de Barcelona se refiere a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión -a ellos nos referiremos más adelante-, y al nuevo texto del 172bis LC, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que habla de *déficit*.

Para la Audiencia de Barcelona -y siguiendo, en su opinión, al Tribunal Supremo- no se trata de una responsabilidad por daños sino de una responsabilidad por deudas cuyo objeto sería resarcir el daño *indirecto* causado a los acreedores (que ven impagados sus créditos tras la liquidación de la sociedad concursada). A efectos de determinar la condena del administrador, habrá de tomarse en consideración ese daño indirecto, sin exigirse un nexo causal entre la conducta determinante de la declaración de concurso culpable y el alcance de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia.

Para la Audiencia de Barcelona, en esta nueva etapa, la responsabilidad del administrador se explica por el hecho de incurrir en una actuación antijurídica (las del art. 164 y 165 LC), que justifica que el riesgo de insolvencia se traslade de los acreedores al administrador. De esta manera ya no es necesario recurrir al enlace causal, porque ya no es necesario explicar la relación entre la conducta y el daño, pero tampoco es una sanción por el hecho de haber realizado una determinada conducta. El fundamento de la responsabilidad se explica, como decíamos, por la realización del administrador de una determinada conducta antijurídica que conlleva la transmisión del riesgo de insolvencia de la sociedad e, indirectamente, de sus acreedores al administrador y tiene como consecuencia la condena a pagar el déficit concursal. De tal manera que quien pone en riesgo la sociedad, debe responder de las consecuencias.

Para la Audiencia de Barcelona, a la hora de determinar el importe de la condena del administrador, habrán de tomarse en cuenta tanto los actos que han determinado la calificación culpable del concurso como el conjunto de los hechos. Por ello, esa condena se puede reducir e incluso excluir, en cada caso, cuando se pruebe la existencia de hechos en conexión con la actuación del administrador que

justifican una limitación del alcance de la condena. Es lo que la Audiencia de Barcelona llama un uso ponderado y razonable de la norma sobre responsabilidad.

#### IV. EL CRITERIO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID: RESPONSABILIDAD-SANCIÓN

La doctrina de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha venido sosteniendo tradicionalmente y de manera constante que se trata de una responsabilidad por deudas, *ex lege*, en la que no es preciso un reproche culpabilístico ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad<sup>10</sup>. Esta postura de la Audiencia de Madrid es la seguida por la mayoría de las audiencias provinciales que entienden que se trata de una responsabilidad-sanción de carácter objetivo en la que no es necesario demostrar la existencia de culpabilidad alguna en la producción o agravación de la insolvencia para la determinación de las consecuencias, esto es, para imponer la condena a pagar el déficit concursal.

Veamos cuál es la postura de esta Audiencia sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores prevista en el art. 172bis LC. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 5 de febrero de 2008 establece:

*"La Sala, siendo consciente de que se encuentra ante una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en las resoluciones de los tribunales recaídas hasta el momento, considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la que, siendo necesarias una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesaria*

*rio otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales."* (Fundamento de Derecho Octavo).

Se puede decir más alto, pero no más claro. Además, la Sala explica el porqué de esta solución y da hasta seis razones de cómo llega a esta conclusión. Damos cuenta de las que nos parecen los principales argumentos de su razonamiento.

La primera de esas razones es la literalidad de la norma. Según la Audiencia de Madrid, el art. 172bis LC no contiene los elementos propios de una responsabilidad civil resarcitoria o por daños puesto que no hay mención alguna a la exigencia de causalidad entre una conducta y un daño (a diferencia de otros preceptos que regulan claramente y sin lugar a discusión una responsabilidad resarcitoria como por ejemplo el art. 236 LSC) sino una previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas exigible cuando concurra un determinado supuesto de hecho.

Otra razón es la interpretación sistemática del precepto. La Audiencia de Madrid contrapone el artículo 172bis LC a la responsabilidad regulada en el 172.2.3º LC<sup>11</sup>, entendiendo que este último precepto contiene una previsión de responsabilidad resarcitoria y regula una serie de consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, en todos los casos (ya se haya abierto la sección de liquidación o se haya producido un incumplimiento de convenio) y que afecta a todas las personas que han intervenido en la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable (lo que incluye a los cómplices), sin que quepa limitar estos supuestos de exigencia de responsabilidad por daños a los supuestos de obtención indebida de bienes del patrimonio social o de la masa (en apoyo de esta interpretación estaría también el art. 169.1 LC que no limita la determinación de los daños y perjuicios causados a supuestos a la indebida sustracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor o de la masa activa).

<sup>10</sup> Una de las principales sentencias que describen cuál es el acercamiento de la Audiencia Provincial de Madrid al tema de la naturaleza de la responsabilidad concursal del art. 172bis LC es la Sentencia núm. 31/2008, de 5 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (AC\2008\834). Ver también sentencias núm. 176/2009, de 26 de junio de 2009 (AC\2009\2065) y núm. 644/2011, 6 de octubre de 2011 (RJ\2012\1084).

<sup>11</sup> "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."

Así pues, en este supuesto, al tratarse de una responsabilidad civil resarcitoria, sí sería necesario la existencia de una relación causal entre la conducta y el daño a indemnizar. Por último, para la Audiencia de Madrid no tiene sentido que la responsabilidad del art. 172bis LC sea de la misma naturaleza que la del 172.2.3º LC porque la primera sería redundante e innecesaria.

Precisamente a propósito de las comparaciones, la Audiencia de Madrid relaciona el art. 172bis LC con el régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales previsto en las normas societarias, de tal manera que la Audiencia de Madrid equipara la responsabilidad por daños del art. 236 LSC a la del art. 172.2.3º LC y la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC a la responsabilidad del art. 172bis LC. Para la Audiencia de Madrid no tendría sentido que el régimen societario de responsabilidad de administradores sea más severo que el régimen de responsabilidad concursal cuando los supuestos de responsabilidad societaria no son por regla general tan graves como las conductas previstas en los arts. 164 y 165 LC y en los que la sociedad, además, no se encuentra en situación de liquidación y déficit patrimonial. Según la Audiencia de Madrid en tales situaciones de concurso la actuación del administrador tendría más reprochabilidad que en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones societarias.

Además, esta interpretación es lógica con la que ha venido siendo la interpretación de la Audiencia de Madrid sobre calificación del concurso como culpable. Para la Audiencia de Madrid la cuestión es muy sencilla. Una vez que la sentencia que se dicta en la sección de calificación ha declarado el concurso culpable (art. 171.1 LC), no se exige una determinación de la relación causal para proceder en tal sentencia a la imposición de la responsabilidad concursal del art. 172bis LC a esos mismos administradores o liquidadores.

Para la Audiencia de Madrid (a diferencia de Barcelona), las causas de calificación se regulan de forma escalonada de tal manera que en primer lugar está la cláusula general del art. 164.1 LC, que exige la valoración de la conducta del administrador como dolosa o gravemente culposa, y la determinación de una relación de causalidad entre tal conducta y la generación o agravación de la insolvencia. En segundo lugar, el art. 165 LC recoge las

presunciones *iusuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave referidas a determinadas conductas, en las que es precisa la prueba de la relación de causalidad entre esas conductas previstas por la ley y la generación o agravación de la insolvencia (presumiéndose, salvo prueba en contrario, el dolo o culpa grave del administrador). En tercer lugar existen una serie de supuestos –los del art. 164.2 LC– en los que la ley califica ciertas conductas como determinantes del carácter culpable del concurso, sin posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de la conducta y sin exigirse prueba de la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia de la sociedad. La mera concurrencia de la conducta descrita por la norma es suficiente para calificar el concurso como culpable. Nuevamente, a la hora de explicar la Audiencia de Madrid cómo entiende la calificación del concurso como culpable, vuelve a recurrir a la interpretación del 367 LSC y justifica que al igual que en ese precepto, no se exige más enlace causal que el preestablecido en la norma.

De esta manera, en los supuestos de generación o agravación de la insolvencia (art. 164.1 LC) será necesario determinar si ha existido una relación de causalidad para calificar el concurso como culpable. Por otra parte, en aquellos casos en que concurren los supuestos del art. 164.2 LC, el concurso se calificará *automáticamente* como culpable, sin necesidad de recurrir a una relación de causalidad. Y, una vez que la sentencia ha declarado el concurso como culpable, no se exige una determinación de una relación causal entre la conducta y el daño (los créditos que resulten insatisfechos tras la liquidación) para proceder a la imposición de la responsabilidad concursal del art. 172bis LC, esto es para imponer a los administradores la condena a pagar el déficit concursal.

El criterio seguido por la Audiencia de Madrid ha sido claro y constante en sus pronunciamientos sobre responsabilidad concursal de los administradores, dores, si bien es objeto de crítica por la inseguridad que esa postura puede ocasionar en la determinación de los criterios para proceder a la graduación de la condena y por lo desproporcionadas que puedan llegar a resultar sus condenas puesto que la misma conducta (que merece la calificación culpable del concurso) no siempre ha de tener la misma incidencia.

Veamos ahora qué piensa el Tribunal Supremo.

## V. POSICIÓN DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

Recientemente, el pasado 21 de mayo de 2012, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre la cuestión de la responsabilidad de los administradores concursales en una sentencia que nos parece particularmente interesante en cuanto al fondo del asunto, pero también por el detallado voto particular del Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

Nuestro Tribunal Supremo tardó en pronunciarse sobre la cuestión de la responsabilidad concursal ex art. 172bis LC y cuando lo ha hecho no ha dejado indiferente a nadie. Ha sido recientemente -a principios de 2011- cuando el Tribunal Supremo ha empezado a pronunciarse sobre la naturaleza de la responsabilidad de los administradores a cubrir el -ahora llamado- déficit concursal. A continuación, hacemos referencia a los pronunciamientos que nos parecen más interesantes sobre esta cuestión. Es de esperar que en el futuro veamos más pronunciamientos del Tribunal Supremo que sigan ahondando en el tema y sigan generando un interesante estudio y discusión.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 56/2011, de 23 de febrero de 2011 (RJ/2011/2475), fue la primera ocasión en que nuestro Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores, y lo hizo en relación con un supuesto del art. 164.1 LC, esto es, calificación culpable del concurso cuando hubiera mediado dolo o culpa grave del administrador.

Era mucha la expectativa que había por saber si el Tribunal Supremo iba a seguir el criterio de la Audiencia de Madrid o de Barcelona. En este primer pronunciamiento, el Tribunal Supremo afirma que estamos ante una responsabilidad por daños estableciendo que el entonces art. 172.3 LC "*carece de naturaleza sancionadora y que cumple una función reguladora de responsabilidad por daño porque la responsabilidad de los administradores o liquidadores deriva de serles imputable -por haber actuado con dolo o culpa grave- la generación o agravación de la insolvencia de la concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de la sociedad concursada en una*

*medida equivalente al importe de los créditos no satisfechos*" (Fundamento de Derecho Séptimo). Así las cosas, parece que el Tribunal Supremo despeja las dudas sobre qué criterio iba a seguir y parece que se adhiere al primer criterio de la Audiencia de Barcelona (esto es, hasta la sentencia de 23 de abril de 2012).

Esta primera sentencia, sin embargo, no resuelve otras cuestiones relevantes cómo cuál es el papel juega el art. 172.2.3º LC sobre la obligación de indemnizar los daños y perjuicios o cómo juegan las conductas que han dado lugar a la calificación del concurso como culpable ex art. 164.2 LC respecto de la determinación de la responsabilidad de los administradores del art. 172bis LC. Ésta última cuestión, precisamente, iba a ser objeto de examen por el Tribunal Supremo en su siguiente pronunciamiento.

Nos referimos al pronunciamiento del Tribunal Supremo pocos meses después, en relación con la responsabilidad de los administradores, en el marco de un supuesto de los recogidos en el art. 164.2 LC, es decir, aquellos que según el tenor literal de la norma *en todo caso* conllevan la calificación culpable del concurso cuando concurra cualquiera de las conductas allí recogidas.

Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 644/2011, de 6 de octubre (RJ\2012\1084). En esa ocasión, el concurso se había calificado como culpable y se había condenado a los administradores a pagar el importe de los créditos de los acreedores no satisfechos tras la liquidación, al amparo del art. 164.2.1º LC, sobre supuestos de doble contabilidad o comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada.

Esta sentencia nos parece especialmente relevante porque, tratándose de un supuesto de los recogidos en el art. 164.2 LC, el Tribunal Supremo tenía que pronunciarse sobre si, para establecer la responsabilidad del administrador a cubrir el déficit concursal, la conducta que había merecido la calificación culpable del concurso ex art. 164.2 LC bastaba también para establecer la responsabilidad concursal o si por el contrario, se hacía preciso analizar si esa conducta había generado o agravado la insolvencia.

El Tribunal Supremo nos desvela la incógnita y establece que no será preciso atender a otros elementos distintos de los que sirvieron para calificar el concurso porque *“no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social –y, al fin, a la sociedad– y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.”* (Fundamento de Derecho Cuarto).

Ahora bien, el Tribunal Supremo se cuida mucho de aclarar cuál es la naturaleza de esta responsabilidad de los administradores y corrobora que, efectivamente, esa responsabilidad de los administradores a pagar a los acreedores sociales los créditos insatisfechos en el concurso tiene una función de resarcimiento, y que no es una consecuencia necesaria y automática de la calificación del concurso como culpable sino que *requiere una justificación añadida*. Esa justificación añadida, según el Tribunal Supremo, requiere que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado al calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 ... ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo...”* (Fundamento de Derecho Cuarto).

Sin embargo, si bien el Tribunal Supremo indica que la responsabilidad del art. 172bis LC no procederá de manera automática en todo caso de calificación culpable del concurso y que se requiere una justificación, lo que es coherente con el reproche culpabilístico de este tipo de responsabilidad, lo cierto es que en ese caso no realiza ese ejercicio de *justificación añadida* por lo que podría parecer que esa responsabilidad sí tiene el carácter de automática, al menos en el caso ahí enjuiciado. El Tribunal Supremo no nos indica qué comprende y cómo se habrá de realizar esa *justificación añadida* de los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que ha determinado la calificación del concurso como culpable. En concreto, respecto del supuesto analizado no indica cuáles son esos elementos que se han teni-

do en cuenta para corroborar la responsabilidad de los administradores ex art. 172bis LC.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2012, de 21 de mayo de 2012<sup>12</sup>, vuelve a pronunciarse sobre el tema de la responsabilidad concursal al amparo del art. 172bis LC –antes art. 172.3 LC. A la sentencia le acompaña el voto particular de D. Ignacio Sanchó Gargallo que nos parece especialmente interesante porque, al explicar su oposición respecto al criterio seguido por la mayoría, aclara asimismo cuál es, a su entender, el fundamento de responsabilidad contenido en la sentencia. Nótese que en este supuesto la calificación del concurso como culpable se había realizado al amparo del art. 164.1 y 164.2 ordinales primero y segundo LC.

En esta nueva sentencia el Tribunal Supremo vuelve insistir en que la condena a los administradores a pagar a los acreedores el importe insatisfecho de sus créditos no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable sino que requiere una justificación añadida. También nos vuelve a reiterar que es necesario que el juez valore conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. Como ya hiciera en la sentencia 664/2011, de 6 de octubre-, repite también que para condenar al administrador no se exige otro requisito de la conducta distinto del que dio lugar a la calificación culpable del concurso, y que existe una conexión entre el entonces art. 172.3 LC y los art. 164.1 y 2 y 165 LC.

Aún más, de manera dialéctica, añade que *“afirmar que el artículo 172, apartado 3, contiene una regla sancionadora no permite eludir la valoración del comportamiento de quien puede ser condenado, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con los de la calificación del concurso”* (Fundamento de Derecho Sexto). Nótese que ya se admite la posibilidad de una responsabilidad sancionatoria si bien para indicar que aun en estos supuestos sería necesario recurrir a una justificación.

<sup>12</sup> Existen dos sentencias posteriores del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 y 19 de julio de 2012 que confirman el criterio seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012.

De hecho, lo que hace el Tribunal Supremo en esta nueva sentencia es reconocer que la responsabilidad concursal ex art. 172bis es consiguiente y automática a la calificación del concurso como culpable, sea cual sea el motivo aplicado (164.1 generación o agravación de la solvencia o alguno de los supuestos del art. 164.2 LC) y que alcanza a las personas que hayan sido afectadas por la calificación. De tal manera que una vez determinadas las conductas que han dado lugar a la calificación del concurso como culpable y la determinación de las personas afectadas, no es necesario expresar otro fundamento para imponer a esos administradores afectados por la calificación la responsabilidad a cubrir el déficit concursal.

De este modo, queda aún más claro que la necesidad de una justificación añadida para condenar a los administradores en todo o en parte no se entiende por el Tribunal Supremo como una relación de causalidad. Además, el Tribunal Supremo vuelve a dejarnos sin explicar cuáles son esos elementos de la conducta del administrador que justifican la condena a pagar.

El Magistrado Sancho Gargallo realiza una lectura crítica del fallo desde una triple perspectiva, (i) desde una interpretación literal y sistemática del precepto de la LC, ahora art. 172bis; (ii) desde la necesidad de una *justificación añadida* a la vista de la ratio legis del precepto; y (iii) desde la necesidad de un claro criterio de imputación que garantice la seguridad jurídica.

En relación con la primera aproximación sobre interpretación literal y sistemática del precepto, considera el Magistrado Sancho Gargallo que el Juez *puede* condenar o puede dejar de condenar y, en caso de hacerlo, puede fijar el alcance de la condena, esto es, la proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que deben responder los administradores. Para el Magistrado Sancho Gargallo, -siguiendo el tenor literal del precepto y atendiendo a su ubicación sistemática- el Juez tiene discrecionalidad para condenar o para no hacerlo, porque no es una consecuencia necesaria o automática de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una *justificación añadida*.

Sobre la cuestión de esa *justificación añadida* necesaria en toda condena de responsabilidad concursal, el Magistrado Sancho Gargallo entiende que

para hacer responsable al administrador es necesario que el administrador haya contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia, que es precisamente lo que también defendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de febrero de 2011. Es ésta, por tanto, la ratio iuris del precepto.

Por ello, se deberá valorar en cada caso cuál es el alcance y la incidencia que la conducta –dolosa o negligente- del administrador –esa misma que ha merecido la calificación culpable del concurso- ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad concursada. Esa conducta que ocasiona, precisamente, un daño indirecto en los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos no satisfechos tras la liquidación. Ello permite, además, graduar la responsabilidad en función de la mayor o menor incidencia en la generación o agravación de la insolvencia e identificar a las personas responsables. En la mayor o menor medida que la conducta del administrador haya tenido incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, en esa misma medida deberá responder, esto es, en esa misma medida se le condenará a cubrir todo o parte del déficit concursal.

Según el Magistrado Sancho Gargallo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo es criticable porque a pesar de que la Sala niega el carácter automático de una responsabilidad de tipo sancionador y afirma que la responsabilidad de los administradores deriva de serles imputable la generación o agravación del estado de insolvencia, lo cierto es que el criterio para apreciar la responsabilidad de los administradores y su alcance se basa en el esquema de la responsabilidad de la naturaleza sancionadora, y no en un esquema de conducta que genera o agrava la insolvencia y causa un daño indirecto en los acreedores equivalente al importe de los créditos insatisfechos.

Por último, todo lo dicho anteriormente tiene como única finalidad dotar de mayor seguridad jurídica a la cuestión de cuál es la responsabilidad del administrador en el marco de un concurso. Se trata de que el administrador pueda conocer de antemano a qué se enfrenta en sede de concurso, que pueda conocer que responderá del déficit en la medida que su actuación haya contribuido a generar o agravar la insolvencia.

Para el Magistrado Sancho Gargallo, en el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha existido una justificación de por qué las conductas que han merecido la calificación culpable del concurso merecen también la condena a la cobertura total del déficit concursal. Ello, además de ser contrario a lo que el propio Tribunal Supremo afirma sobre necesidad de una justificación añadida, genera inseguridad jurídica en el administrador pues no sabe qué tiene que ocurrir -o dejar de ocurrir- para que se le condene -o no se le condene- a pagar todo o una parte del déficit.

## VI. CONCLUSIÓN

Las páginas anteriores han tratado de ilustrar y resumir cuál ha sido el devenir de los distintos pronunciamientos judiciales y en qué punto nos encontramos sobre la cuestión de la responsabilidad concursal de los administradores ex art. 172bis LC, que nos parece especialmente relevante en estos momentos.

A modo de síntesis, hemos visto como en un principio existía una confrontación entre el criterio seguido por la Audiencia de Barcelona frente a la Audiencia de Madrid, que se traducía en una defensa de la responsabilidad resarcitoria versus responsabilidad-sanción, respectivamente.

Posteriormente, tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2012, parecería que esa confrontación habría dejado de existir y que esa Audiencia llegaba a un planteamiento hasta cierto punto equivalente al de la Audiencia de Madrid.

Y cuando creíamos que teníamos la cuestión solucionada porque las dos principales Audiencias Provinciales que tratan sobre la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores ex art. 172bis LC parecían converger y llegar a conclusiones similares, nos encontramos con un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión que lejos de zanjar la discusión, abre un nuevo marco de incertidumbre.

La sentencia de 21 de mayo de 2012 y la determinación de la responsabilidad de los administradores que allí se hace, viene a aplicar un sistema de responsabilidad-sanción, pero introduce la necesi-

dad de apreciar una justificación añadida para establecer esa responsabilidad concursal del administrador en la cobertura del déficit. Sin embargo, no nos explica en qué consiste esa justificación añadida necesaria para determinar la responsabilidad concursal. No se comprende por qué el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre qué se ha de entender por justificación añadida a la conducta del administrador que sirvió para calificar como culpable el concurso e imponerle la responsabilidad a cubrir el déficit concursal.

Como hemos visto, eso genera inseguridad jurídica pues el administrador que se enfrenta a un juicio de responsabilidad concursal de su actuación no podrá conocer de antemano qué tiene que ocurrir -o dejar de ocurrir- para que se le condene a pagar todo o parte del déficit concursal.

Habrà que esperar los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo que vendrán a aclarar y poner orden a todas estas cuestiones pendientes de determinar en el marco de la responsabilidad de los administradores al amparo del 172bis LC, como ya ocurriera en su día con la interpretación del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (ahora art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Sin duda próximamente se irá desarrollando y dotando de contenido a este tipo de responsabilidad concursal de los administradores.