

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 12 DE ENERO DE 2015 (256/2015)**

Concurso de acreedores culpable. Responsabilidad por déficit concursal. Determinación del déficit ante una solicitud de concurso extemporánea. Falta de efecto retroactivo del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por no tener un mero carácter aclaratorio o interpretativo

Comentario a cargo de:
Alfredo Muñoz García
Profesor Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2015

ROJ: STS 256/2015 - ECLI:ES:TS:2015:256

ID CENDOJ: 28079119912015100004

PONENTE: Excmo. Sr. Don Rafael Sarazá Jimena

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2015 se pronuncia pro primera vez, en relación con la aplicación temporal de la reforma del régimen de la denominada “responsabilidad concursal” prevista en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se añade en el art. 172 bis, y a efectos de determinar la condena al déficit, el inciso “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. La Sentencia determina que el nuevo régimen será sólo aplicable a las secciones de calificación que se abran estando

en vigor la reforma legal, sin que proceda su aplicación de modo retroactivo en secciones abiertas con anterioridad. A estos efectos se indica que el fundamento de esta jurisprudencia reside en entender que “la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria”.

La Sentencia contiene un voto particular concurrente sostenido por los magistrados Sancho Gargallo y Sastre Papiol, en el que defendiendo el fallo de la sentencia afirman que la reforma, introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, viene a explicitar lo que ya estaba implícito.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. El único motivo de casación alegado. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Naturaleza de la responsabilidad concursal. 5.2. La trascendencia de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo y su aplicación temporal. El voto particular concurrente. 5.3. La determinación de la condena al déficit. 6. Conclusión. 7. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de apelación desestimatoria de un recurso de apelación presentado contra una sentencia de calificación condenatoria en el concurso de una sociedad anónima. La condena se pronuncia exclusivamente sobre el administrador de la sociedad y tras calificar el concurso como culpable, inhabilitó al administrador a dos años, le privó de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa y, en lo que posteriormente será objeto de casación, le condenó a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no fueran cubiertos por la liquidación de la masa activa, en una determinada cuantía.

La calificación del concurso como culpable se justificó en la existencia de una demora de dos años en la solicitud del concurso (presentada a principios de 2009) ya que se entendió que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia, al incumplir de manera generalizada las obligaciones de pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social desde el segundo semestre de 2006. A ello se añadió un “rápido y progresivo” incremento del pasivo.

La administración concursal presentó dictamen de calificación y solicitó al Juzgado:

«[...] se sirva dictar sentencia de calificación, en virtud de la cual se declare el concurso de Pinturas Antonio Bello, S.A. de concurso culpable, por concurrir las conductas descritas en el artículo 164 de la Ley Concursal en la generación y agravación de la insolvencia de la concursada, todo ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 169.1 de la Ley Concursal, con la siguiente propuesta de resolución:

» A) Que se declare el presente concurso como culpable.

» B) Que se declare al administrador, D. Saturnino, persona afectada por la calificación, con domicilio en AVENIDA000 NUM000, NUM001 NUM001 de Badalona.

» C) Que se declare la inhabilitación de D. Saturnino, como persona afectada por la calificación para administrar bienes ajenos por un periodo mínimo de dos (2) años y un máximo de cinco (5), dada la entidad económica del concurso, así como la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal frente a Pinturas Antonio Bello, S.A.

» D) Que, dado que la sección de calificación ha sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se condene a D. Saturnino a pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa del concurso, de acuerdo con la rendición de cuentas que, al término de la referida liquidación, presente al Juzgado esta administración concursal, teniendo en cuenta que su actuación ha supuesto unos daños y perjuicios directos a los acreedores por importe de 1.217.693,83 euros derivados de la no presentación en plazo de la solicitud de concurso voluntario de acreedores.»

El Ministerio Fiscal informó que:

«[...] procede efectivamente la calificación del concurso como culpable, de conformidad con los arts. 164.1 y 165.1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, debiéndose acordar, de conformidad con el art. 172.2.1º, 2º y 3º de esta Ley la determinación de la persona del administrador, Saturnino, como afectado por dicha calificación, su inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona por un periodo de dos años, la pérdida de cualquier derecho, presente o futuro, que tenga o pudiera tener a su favor como acreedor concursal o de la masa, así como el pago de la cantidad de 1.217.693,83 euros, (diferencia entre el déficit patrimonial en la fecha de declaración del concurso el 16 de abril de 2009, de 1.430.347,14 euros, y la posición patrimonial de la concursada el 31 de diciembre de 2006, de 212.653,31 euros), importe de los perjuicios ocasionados, si no puede ser satisfecho con la liquidación de la concursada.»

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona dictó la sentencia núm. 35/2011, de 8 de febrero, en el que acordaba:

- « 1º) *Calificar como culpable el concurso de Pinturas Antonio Bello, S.A.*
- » 2º) *Determinar como persona afectada por tal calificación a D. Saturnino.*
- » 3º) *Privar a Don Saturnino de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.*
- » 4º) *Inhabilitar a Don Saturnino para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años.*
- » 5º) *Condenar a Don Saturnino a que pague a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no queden cubiertos por la liquidación de la masa activa, hasta el límite de 1.217.693,83 euros.*
- » 6º) *Condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales.»* »

Entendió, por tanto, el Juez de lo Mercantil, que el importe solicitado por la administración concursal y el Ministerio Fiscal como condena al déficit era el adecuado y determinó dicha cuantía como importe para satisfacer a los acreedores concursales que no quedarán satisfechos en la liquidación de la masa activa. Conviene recordar que en la fecha de la sentencia no se había aprobado la modificación de la Ley Concursal, por el artículo único.99 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que incluyó el art. 172 bis y que estableció un nuevo beneficiario de la responsabilidad concursal puesto que “Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso” (art. 172 bis. 3 LC).

3. Solución dada en apelación

La sociedad concursada y el administrador condenado recurrieron en apelación, basándose en los siguientes argumentos: no había un sobreesimiento general en los pagos a finales de 2006; la insolvencia no se había agravado o generado como consecuencia de la solicitud del concurso; no se había acreditado la existencia de una conducta dolosa o culposa imputable al administrador que haya generado o agravado la insolvencia; no había prueba de la cuantía del agravamiento de la insolvencia, afirmando que “La forma a través de la cual se ha computado el déficit patrimonial resulta inadmisibles”.

La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia núm. 241/2012, de 15 de junio, por la que se desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

Los motivos para desestimar el recurso de apelación, correlativamente a los presentados por los apelantes, consistían en entender que: el impago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social constituía un indicio de insolvencia que no había sido desvirtuado; que la responsabilidad concursal se había configurado, jurisprudencialmente, como una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado por la sociedad, lo que conllevaría que la entidad de la agravación de la insolvencia sería un factor determinante para hacer la imputación de responsabilidad por el déficit generado; aunque se trate de una responsabilidad por deudas, los criterios son abiertos y por ello, para fijar la condena se tiene que atender a los tipos de culpabilidad y a los elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos que han llevado a la calificación del concurso como culpable; la responsabilidad concursal no sería estrictamente resarcitoria sino de distribución o atribución del riesgo de insolvencia, compartiendo naturaleza con la responsabilidad prevista en el actual art. 367 LSC; la conexión legal de imputación objetiva entre la conducta que determina la calificación culpable y el impago de las deudas de la concursada se puede quebrar si hay hechos justificativos de la actuación realizada; la demora en la solicitud del concurso tiene que ser relevante en la generación o agravación de la insolvencia, pero quien la irrelevancia debe acreditarse ya que incurrir en el supuesto previsto en el art. 165.1 LC conlleva la presunción legal del dolo o culpa grave y de su incidencia causal en el agravamiento de la insolvencia; y ya en relación con la determinación del déficit, que ha determinado la condena, se reconoce que la cifra no responde a unas pérdidas acumuladas durante el período de demora sino que *“incluyen correcciones por hechos contables tales como la amortización y la provisión por morosidad, pero considera que para que sea fiable el resultado de la comparación de las dos “radiografías” de la situación patrimonial de la concursada (la correspondiente al momento en que debió solicitar la declaración de concurso y la correspondiente al momento en que el concurso fue solicitado) hay que seguir un criterio fiable, que no es otro que el que ofrecen los criterios de contabilidad al uso”*. Por tanto, la Audiencia acepta la condena impuesta por el Juzgado de lo Mercantil, desestimando la apelación, aún admitiendo que la determinación de la cifra de la condena al déficit no responde a unas pérdidas que se hayan acumulado durante el período de demora sino a unas pérdidas contables.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación, interpuesto exclusivamente por el administrador societario condenado, se basaba en un *«Motivo único de casación.- Se interpone recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por vulneración del art. 172.3 de la Ley Concursal aplicable a la litis racione temporis. Existe interés casacional ex art. 477.3 LEC, al vulnerar la sentencia impugnada la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 172.3 Ley Concursal»*.

Los fundamentos en los que se basa la impugnación, según recoge la propia sentencia de casación, vienen referidos a que frente a la jurisprudencia existente sobre la materia, que exige para determinar la condena al déficit una valoración de los distintos elementos subjetivos y objetivos en relación con las personas afectadas por la sentencia de calificación, la sentencia impugnada aplica la condena con un automatismo total, realizando una asimilación entre el art. 172.3 LC con el art. 367 LSC; así como que, en relación con los elementos subjetivos y objetivos a considerar, se ha omitido toda valoración sobre las siguientes cuestiones:

“(i) el administrador aportó patrimonio personal a la sociedad para permitir la continuación de la sociedad, lo que no se tuvo en cuenta para cuantificar la condena; (ii) la concursada solicitó aplazamientos de pago ante la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, con la finalidad de atender a pagos más apremiantes que permitiera la continuación de la actividad empresarial, por lo que es irrazonable computar como fecha inicial, a efectos de comparar los fondos propios, la de enero de 2007 en consideración a que en esa fecha se adeudaban cuotas a la Agencia Tributaria; (iii) la sentencia prescinde de que las dotaciones por provisiones y amortizaciones en ningún caso determinan un incremento del déficit concursal real, no siendo imputable al administrador la pérdida de valor de sus activos por obsolescencia natural; (iv) también prescinde la sentencia de valorar los elevadísimos impagos de clientes, extremo ajeno a la actuación y voluntad del administrador; (v) y los ajustes en la plantilla laboral que dieron lugar a sentencias que fijaron indemnizaciones elevadísimas, imprevisibles”.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Naturaleza de la responsabilidad concursal

La STS fija como doctrina jurisprudencial, en relación con la modificación introducida en el art. 172.bis.1 LC, por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por la que la condena al déficit se realizará “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, que “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”.

A estos efectos, la STS defiende que la norma reguladora de la responsabilidad concursal, en su regulación previa al RD Ley 4/2014, “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 acree-

dores sociales”. Pero tampoco estima que estuviéramos ante una responsabilidad resarcitoria como, a continuación, la misma STS afirma ya que “*La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (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 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*”.

Recordemos que El Tribunal Supremo se pronunció, por primera vez, sobre la naturaleza de esta responsabilidad en la STS (S.1^a) 23.02.11 –y en un sentido similar en la posterior STS (S 1^a) 12.09.11.–, negando la naturaleza sancionadora del art. 172.3 LC, ya que la misma se imputaría en función de la generación o agravación de la insolvencia, de lo que se derivaría una función similar a la responsabilidad por daños al afirmar que “*el artículo 172, apartado 3, cuya indebida aplicación se denuncia ... la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales –sean de hecho o de derecho– deriva de serles imputable –por haber contribuido, con dolo o culpa grave– la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores*”. Sin embargo, posteriormente, la STS (S 1^a) 06.10.11, obvió la existencia de nexo causal entre la conducta que justifica la calificación del concurso como culpable y un resultado lesivo afirmando la existencia de ilícitos de mera actividad que permitían la condena al déficit. Posteriormente, y con elevada relevancia en la determinación del criterio jurisprudencial sobre la materia, la STS (S. 1^a) 21.03.12, aún negando la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal, viene a afirmar su caracterización como una responsabilidad por deuda ajena y no por daños. Es relevante destacar esta última STS porque, tras ella, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sección 15^a modificó su criterio –que implicaba reconocer a la responsabilidad concursal una naturaleza resarcitoria–, para afirmar ya en su SAP (Secc. 15^a) 23.04.12, antecedente evidente de la SAP contra la que se presenta el recurso de casación que da lugar a la STS comentada, que nos encontrábamos ante “*una responsabilidad por deudas, por descubierto o por déficit*”.

Por último, merece una mención especial en el marco de la evolución sufrida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en esta materia, previa a la STS aquí comentada, la STS (S 1ª) 16.07.12 que defiende una naturaleza similar a la prevista en el art. 367 LSC ya que *“No se trata, en consecuencia 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 un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador –antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de “persona afectada”–; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. 35. 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 ...”*. En un sentido similar, la STS (S 1ª) 28.02.13 que, además de afirmar la naturaleza de responsabilidad por deudas y fijar sus presupuestos *“La responsabilidad por déficit concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: a) La calificación del concurso como culpable; b) la apertura de la fase de liquidación; c) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal; d) haber ostentado la condición de administrador, liquidador o apoderado general; y e) tener la condición de “persona afectada”, niega de manera tajante cualquier posible naturaleza resarcitoria ya que “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 hoy al amparo de los artículos 172.2º.3 y 172.3 LC” especialmente cuando las personas afectadas por la sentencia de calificación, como es el supuesto de la STS comentada, son los administradores ya que “desde la perspectiva intrasocietaria nada añadiría a la responsabilidad prevista en el art. 236.1 TRLSC, a cuyo tenor “[l]os administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”; además, supondría una atenuación del nivel de diligencia exigible. por otro lado, nada impide a la administración concursal ejercitar las acciones previstas en el artículo 48 quater LC”*.

Partiendo de esta jurisprudencia se pronuncia la STS comentada que afirma que la inclusión del inciso *“en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”*, en el art. 172.bis.1 LC, a raíz de la aprobación del RDLey 4/2014, *“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”*. Por tanto, a juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor del referido inci-

so, la naturaleza de la responsabilidad concursal se ha modificado, afirmando su carácter resarcitorio de lege lata.

5.2. *La trascendencia de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo y su aplicación temporal. El voto particular*

La STS comentada, como ya hemos indicado, ha entendido que el inciso final incluido en el art. 172.bis. 1 LC por el RD Ley 4/2014 no afecta a la responsabilidad concursal en las secciones abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, como acontece con el caso objeto del recurso de casación que resuelve la STS. Y ello por las dos razones ya expuestas; primero porque el art. 172 bis LC, no era una norma sancionadora, lo que implica no aplicar la retroactividad de la norma sancionadora más favorable, afirmando que dicho precepto (en su redacción anterior al RD Ley 4/2014) “*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*”; y la segunda es que la Sala considera que la reforma legal no implica estar ante “*normas interpretativas o aclaratorias*”, ya que “*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*”, introduciendo un régimen de responsabilidad resarcitoria que únicamente deberá ser aplicable a las secciones abiertas a partir de la reforma legal.

A pesar de ello, y aún reconociendo en la propia STS que el Juzgado de lo Mercantil había condenado adoptado una interpretación, de la responsabilidad concursal, basada en el criterio de la naturaleza resarcitoria, afirma que “*también dictó una sentencia condenatoria del administrador social en la que le imponía la cobertura del déficit concursal en la cantidad en la que se había incrementado el déficit patrimonial de la sociedad concursada durante la demora en solicitar la declaración de concurso, porque consideró que concurría el nexo causal entre la conducta antijurídica del administrador social y el agravamiento de la insolvencia de la sociedad. Por ello, la solución habría sido la misma con el nuevo régimen legal*”.

Por tanto, la STS aún negando el fundamento jurídico de la resolución judicial de primera instancia llega al mismo fallo. En este sentido, también parece coincidir el parecer de los dos magistrados que defienden el Voto Particular de la Sentencia, los magistrados Ignacio Sancho Gargallo y Sebastián Sastre Papiol, cuando afirman que “*Con la mención a que la condena “a la cobertura, total o parcial, del déficit” “lo será “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, ya no existe duda de que la reseñada responsabilidad vendrá determinada por la incidencia que la conducta o conductas tuvieron sobre la generación o la agravación de la insolvencia. De tal forma que la reforma viene a explicitar lo que estaba implícito, y por ello a ilustrar cómo debía ser interpretada aquella normativa anterior, y sin que con ello se pretenda una aplicación retroactiva del nuevo precepto*”. Tales afirmaciones se basan en una opinión

ya sostenida con anterioridad por el Magistrado Sancho Gargallo en un voto particular en la STS (S 1^a) 21.05.12 en el que ya defendía, como se reitera en el voto particular de la STS comentada, que el déficit es un daño indirecto que provoca el estado de insolvencia, lo que implicaría, a su juicio, una determinación de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria. Sin embargo, en el Voto Particular de la STS comentada se establece que hay dos consecuencias, con la nueva regulación, que aclaran la anterior: “*i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales (y ahora a los socios que se hayan negado sin causa justificada a la capitalización de créditos), a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no ha contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia. ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación*”. Con la redacción derivada del RD Ley 4/2014 ambas conclusiones nos parecen impecables dada la exigencia de que la condena se determine en la medida en la que se haya generado o agravado la insolvencia. Por ello, ya no cabrán las condenas por los denominados ilícitos de actividad y la condena, en su caso, a abonar el déficit, deberá estar en función de la imputación de la generación o agravación de la insolvencia a la conducta de la que dimana que el concurso sea culpable. A juicio de los referidos Magistrados, su voto particular es coincidente con el resultado alcanzado por la STS pero no están conformes con la interpretación legal de la misma en relación a la interpretación seguida con la responsabilidad concursal en el originario art. 172.3 LC (y el posterior art. 172 bis.LC) ya que el inciso añadido por el RD Ley 4/2014 ha venido a explicitar lo que ya, con anterioridad, estaría implícito. No obstante, las discrepancias, coinciden en la desestimación del recurso porque la responsabilidad del déficit devendría de la agravación de la insolvencia provocada por el incumplimiento del deber de solicitar el concurso que sería imputable al administrador condenado, “*y, además, la cuantía de la condena se fijó en la suma en que, según se acreditó en la instancia, se había agravado la insolvencia*”.

En esta última afirmación, a nuestro juicio, el voto particular muestra cierta contradicción con su construcción y debilita incluso la interpretación por la que aboga la STS en relación con el art. 172 bis LC, tras la modificación incluida por RD Ley 4/2014. Debe tenerse en cuenta que la condena que implica la responsabilidad concursal viene referida al importe del déficit, que se corresponde con el importe de deudas pendientes de abono tras la liquidación societaria, y dicha cuantía puede cuantificarse bajo los parámetros que legal o jurisprudencialmente se determinen, incluso en la medida en que se haya generado o agravado la insolvencia, pero eso no hace que déficit e insolvencia sean equivalentes, ni temporalmente (la insolvencia es un presupuesto concursal mientras que el déficit es el resultado patrimonial en el concurso, tras agotar la fase de liquidación), ni en términos cualitativos (la insolvencia

es la incapacidad de pago que puede ir, o no, acompañada de un desbalance patrimonial, contable o no, mientras que el déficit patrimonial es un desequilibrio patrimonial real, y no meramente contable, que puede haber sido generado por los propios gastos del concurso).

5.3. *La determinación de la condena al déficit*

Conviene, antes de extraer alguna conclusión, examinar cómo se ha cuantificado la condena en el supuesto enjuiciado. Recordemos que el único motivo del recurso de casación venía fundamentado en una infracción de la jurisprudencia sobre el art. 172.3 LC, al aplicar la sentencia de apelación un automatismo en la condena, asimilando el art. 172.3 LC con el art. 367 LSC y obviar determinados elementos subjetivos y objetivos que deberían haber sido valorados en la condena y en la cuantificación de la condena. El que el pronunciamiento más relevante de la STS haya venido referido a la posible aplicación del inciso incluido en el art. 172 bis LC por el RD Ley 4/2014, no incluido en el propio recurso de casación, por obvias razones, no puede hacernos perder de vista la importancia que tiene la determinación de la cuantificación de la condena y que podría justificar, en parte, el motivo de casación en que se basa el recurso de casación.

La cifra de la condena, según los datos que se incluyen en la STS, se basa en la diferencia entre el déficit patrimonial a la fecha de la declaración del concurso, el 16 de abril de 2009 y la cifra de déficit patrimonial de la concursada al 31 de diciembre de 2006 –fecha en la que se considera que ya había vencido el plazo para solicitar el concurso–. Careciendo de todos los datos necesarios para realizar un comentario más exhaustivo y, por ello, siendo prudentes en nuestras afirmaciones, debemos analizar algunas cuestiones, que nos parecen discutibles en relación con la determinación del déficit que realizó el Juzgado de lo Mercantil (siguiendo la cuantía planteada por la administración concursal, a la que se sumó el Ministerio Fiscal). En dicha cuantía, se incluyeron las dotaciones por provisiones y amortizaciones, sobre lo que el condenado alegó que “en ningún caso determinan un incremento del déficit concursal real”. La STS rechaza este argumento puesto que *“Tampoco puede aceptarse la impugnación que cuestiona que el déficit patrimonial generado tras el momento en que debió solicitarse la declaración de concurso haya sido fijado conforme a criterios contables. Las reglas contables son las que el ordenamiento jurídico considera adecuadas para fijar la situación patrimonial y financiera de una empresa, por lo que no puede prescindirse de ellas para cuantificar el déficit patrimonial de la sociedad concursada. Al haber demorado durante más de dos años la solicitud de declaración de concurso, los activos de la sociedad se han depreciado por el deterioro y la obsolescencia propios del paso del tiempo, y se han producido una serie de impagos por parte de sus deudores. Tales elementos inciden en la cuantificación del déficit patrimonial generado por esa demora y por tanto han de ser tomados en consideración, utilizando los criterios establecidos en las normas contables para fijar su*

importe". En la determinación de la cuantía de condena, de seguir los criterios seguidos por todos los que sobre el tema se han pronunciado (Juzgado de lo Mercantil, Audiencia Provincial, STS y Voto Particular en la STS), se genera cierta confusión. Al administrador se le condena a un déficit, ya existente al tiempo de la declaración de concurso –la fecha que se toma en cuenta no es cuando se cumple el deber de solicitud de concurso (art. 5.1. LC) sino cuando el Juez lo declara– con independencia de en qué medida la demora en la solicitud ha agravado la insolvencia, que es el presupuesto de la conducta que implica la declaración del concurso como culpable (art. 165.1 LC que remitiría al art. 164.1 LC) y la medida de la condena, según la redacción del nuevo art. 172 bis.1 LC. Lo relevante para poder condenar al déficit, especialmente tras la reforma de 2014, es que el ilícito concursal genere o agrave la insolvencia, primero porque el art. 164.1 LC exige ese resultado como elemento del propio ilícito y, en segundo lugar porque de no hacerlo, tal y como se defiende en el Voto Particular de la STS, no será posible condenar a ninguna persona afectada si su conducta no ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia y, de hacerlo, el montante de la misma estará en función de la incidencia de la conducta en dicho resultado. Una vez que quede acreditado el resultado típico previsto (generación o agravación de la insolvencia) se podrá, en su caso, condenar al déficit, pero sólo en la medida en que le sea imputable aquel resultado y no el propio déficit (importe de los pasivos pendientes de abonar tras la liquidación). Por ello, no podemos asumir, aún antes de la aplicación del inciso incluido por el RD Ley 4/2014, que un aumento contable de las pérdidas, sea por la razón que fuera, pueda ser tenido en cuenta en la condena, cuando la misma no se efectúa en función de desbalances sino de la generación o agravación de la incapacidad de pago en que consiste la insolvencia. Si afirmamos que la responsabilidad concursal es resarcitoria deberemos indemnizar a los acreedores (o, desde la reforma de 2011, a la sociedad) cuyos patrimonios hayan sido afectados por las conductas lesivas de las personas afectadas, siendo irrelevante la inclusión de meros saldos contables sobre pérdidas que no impliquen ese efecto lesivo. Así también se condenaría al déficit aunque la insolvencia de la concursada se correspondiera con una situación inicial de superávit, si se cumplen los presupuestos para la condena, entre los que se incluye la generación o agravación de la insolvencia –sin que sea exigible, por el contrario, la generación o agravación de un déficit patrimonial–. La condena es al déficit pero el resultado del ilícito que la motiva es la insolvencia.

6. Conclusión

Sorprende que asumiendo posiciones doctrinales tan contrarias sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal –indemnizatoria, por deudas, resarcitoria especial– como hacen el Juzgado de lo Mercantil, la Audiencia Pro-

vincial, la STS y el Voto Particular de la STS comentada, todos estén de acuerdo en el fallo condenatorio a un déficit existente al tiempo de la declaración de concurso. Y es más llamativo que ello se defienda teniendo ya presente la modificación incluida por el RD Ley 4/2014.

La STS defiende que aún no siendo aplicable dicha modificación legal a secciones de calificación ya abiertas antes de su entrada en vigor, la nueva redacción del art. 172 bis. 1 LC implica un cambio de la naturaleza de la responsabilidad concursal que debe ser considerada, desde la reforma, como resarcitoria. Si la STS defiende que dicho cambio se ha producido y ha implicado un cambio de la naturaleza, debería haber aplicado la reforma al supuesto, exigiendo la acreditación de la incidencia de la conducta reprochada (el retraso en la solicitud del concurso) la lesión patrimonial de quienes se beneficien de dicha condena.

Aunque, a nuestro juicio, no se ha producido esa mutación en la naturaleza de la responsabilidad concursal, el referido inciso sí ha implicado excluir dicha responsabilidad en los denominados ilícitos de mera actividad del art. 164.2 LC y la exigencia, inexcusable, de que la condena, de proceder, se cuantifique en función de cómo la conducta imputable ha generado o agravado la insolvencia. Por ello, si los Magistrados, que defienden el Voto Particular, afirman que la reforma introducida por el RD Ley 4/2014 sólo supone explicitar lo que ya estaba implícito deberían reconocer que si la naturaleza es indemnizatoria y el resultado típico previsto es la insolvencia, la condena no debe basarse en el déficit sino en el daño derivado de la insolvencia que puede, o no, coincidir con el importe de déficit.

Es la generación o agravación de la insolvencia el resultado previsto en el ilícito concursal recogido en el art. 164.1 LC, que permitiría la condena al déficit. Por lo tanto, es la afectación de la capacidad de pago y no la generación de un desbalance el presupuesto para la condena a la responsabilidad concursal que habrá de determinarse en función de aquella insolvencia generada o agravada, y que se concretará en abonar un importe del déficit que, tras la liquidación, quedará pendiente de abono por la concursada.

7. Bibliografía

- ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en VVAA., *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerria (dir.), Madrid 2012.
- CAMPUZANO, A. B., «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada», VVAA., *Problemas actuales del Concurso de Acreedores*, Sebastián Quetglas – Veiga Copo (dirs.), Cizur Menor (Navarra) 2014.
- CERDÁ ALBERO, F., «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», en VVAA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia 2013.

- GARCÍA CRUCES, J.A., «Responsabilidad concursal», en VVAA., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, R., «Responsabilidad Concursal», en ADCo, núm 28, 2013.
- MUÑOZ GARCIA, A., *Las estructuras de imputación como criterio delimitador de las responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid 2015. Tesis inédita.
- PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2012.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital». (A propósito de la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007) », RDCP nº 7 – 2007.