

## **Claves de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa**

Antonio LÓPEZ APARCERO

*Abogado-Administrador concursal.*

**Diario La Ley**, Nº 7917, Sección Tribuna, 6 Sep. 2012, Año XXXIII, Editorial **LA LEY**

### **LA LEY 8243/2012**

La responsabilidad concursal ex artículo 172. 3, hoy 172.bis, fue una institución novedosa de la Ley 22/2003 Concursal para extender las consecuencias del concurso, pero generó la dificultad de su aplicación sistemática en relación con el artículo 172.2.3 de la misma Ley. Para sentar doctrina y ordenar el desencuentro producido entre Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones, decantándose por una figura indemnizatoria de contornos imprecisos, cuya aplicación va a requerir labor interpretativa y de construcción doctrinal. El presente artículo es una glosa de estas sentencias, de las que extrae unas claves que faciliten su comprensión y aplicación.

Disposiciones comentadas

*L 22/2003 de 9 Jul. (concursal)*

### **SECCIÓN 1.ª. DE LA FORMACIÓN Y TRAMITACIÓN Artículo 172. Sentencia de calificación.**

La Ley Concursal 22/2003 establecía en su art. 172.3 (hoy art. 172.bis tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 de Reforma Concursal) una condena en caso de concurso culpable de personas jurídicas que hubiesen entrado en liquidación, que podía ascender al importe que no hubiesen podido rembolsar los acreedores, por déficit liquidativo, y que afectaba a los administradores y liquidadores sociales.

La interpretación de esta norma ha sido una de tantas cuestiones polémicas surgidas de la ley, al punto de haber dividido a Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales por su opción entre las dos tesis (sancionadora vs. indemnizatoria) que se han venido utilizando en su aplicación.

El Tribunal Supremo, a partir del 23 de febrero de 2011 se ha venido pronunciando sobre la cuestión, con sucesivas Sentencias de 12 de septiembre, 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo y 20

y 26 de abril, 21 de mayo y 20 de junio de 2012, hasta ahora; desgranando la cuestión, limando aristas y, en definitiva, estableciendo una doctrina de la que se puedan extraer unas claves que sirvan para entender y aplicar las condenas que la ley establece bajo la denominación de «responsabilidad concursal» y que persigue ampliar el círculo de responsables frente a la masa.

**1.º** La primera clave que el Tribunal Supremo facilita en sus pronunciamientos es la negación de naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal y atribución de una de carecer indemnizatorio o resarcitorio, por la *función protectora de los intereses de los acreedores sociales*. Por tanto, el tratamiento judicial en lo sucesivo ha de quedar ceñido al ámbito concreto de la responsabilidad con esta finalidad y abandonar toda idea de responsabilidad-sanción. Aunque en la práctica esta era una cuestión, en cierto modo, poco relevante.

**2.º** Pero la responsabilidad indemnizatoria ya existe en sede de calificación, como una de las condenas previstas en la sentencia que declare el concurso culpable, ex art. 172.2.3.º *in fine* de la Ley Concursal. Se trata, en este supuesto, de un esquema de responsabilidades de corte clásico, ajustado a un juicio de causalidad, donde la condena al resarcimiento es consecuencia de una culpa que configura la causa que conduce al efecto de un daño ocasionado, estando unidos ambos de forma precisa y directa por un nexo o relación de causalidad.

Cabe deducir, por tanto, que si la sentencia agota todas las responsabilidades que se deriven de la conducta de los afectados por la calificación y sus cómplices, contraídas de forma directa, y dispone su resarcimiento por la vía del art. 172.2.3.º, carece de sentido que el art. 172 bis reitere una nueva condena por responsabilidad concursal si persigue la misma finalidad resarcitoria. La segunda clave que, por tanto, se deduce de la doctrina del Tribunal Supremo, es que la responsabilidad concursal, aunque sea igualmente indemnizatoria tiene una etiología distinta a la del art. 172.2.3.º.

**3.º** En la interpretación de la posible naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal del art. 172.bis, la Sentencia de la prestigiosa Diario LA LEY

sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2012 concluye, tras un concienzudo examen de las sentencias del Tribunal Supremo, que se trata de una responsabilidad por deudas. Efectivamente, si se considera que a quien hay que resarcir es a los acreedores del concursado y que quien ha de soportar esa condena no es la concursada sino sus administradores y liquidadores de hecho y de derecho y apoderados generales, parece razonable entender que se trata de una responsabilidad por deudas ajenas. Pero, es también cierto que las deudas cuya cobertura se promueve con la responsabilidad concursal han trascendido la condición de obligaciones sociales o créditos del concursado a la de crédito fallido, que es lo que encierra el término «déficit» con que los denomina la norma. Por tanto, admitido que el tránsito de un activo realizable, como las cuentas de deudores y clientes, a fallido, conlleva la perpetración de un daño al acreedor, habrá de convenirse que la condena que procede de la responsabilidad concursal por cobertura del déficit, es una responsabilidad por daño.

El Tribunal Supremo considera que el Juez ha de contemplar *el 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 (...) porque la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, sean de hecho o de derecho (...) deriva de serle imputable el daño que indirectamente fue causado a los acreedores*. Es decir, al administrador se le atribuye la responsabilidad porque con su conducta ha colaborado en conducir a la sociedad a la situación de concurso culpable (de la que indirectamente se deriva el daño), por tanto su responsabilidad es por daño. Pero el déficit resultante del concurso, concluido el procedimiento, sigue siendo una deuda de la concursada, aunque esta se encuentre ya disuelta y liquidada. Por tanto, para el afectado por la calificación es una responsabilidad por deuda ajena, pues, según la STS de 21 de marzo de 2012, *esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos* (se refiere sin duda a la responsabilidad por deudas derivada del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital, con la que se establece cierto paralelismo),

*inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo.*

Esta es la tercera clave que se puede deducir de la doctrina del Tribunal Supremo, que con claridad reitera en los diversos pronunciamientos de las sentencia citadas que esta responsabilidad según la norma cumple una «función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado (...)», o «función reguladora de responsabilidad por daño» y «obligar al cumplimiento de la deuda ajena»: Responsabilidad por daño y deudas.

**4.º** El Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de octubre, considera que *la condena a los administradores (...) no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable.* Y vuelve sobre esta idea reiterando el mismo texto en la siguiente Sentencia de 17 de noviembre. Con esta declaración está atribuyendo un cierto carácter de eventualidad a la condena derivada de esta específica responsabilidad concursal.

Podría entenderse que el Tribunal Supremo se está refiriendo a los límites que la propia norma impone al juego de la responsabilidad concursal: que la concursada sea una persona jurídica y que se haya formado la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Pero esta primera impresión se ha de desechar y así resulta del propio texto de la sentencia, porque continúa el párrafo aclarando que el impedimento que existe no es esa condición del presupuesto legal, *sino que requiere una justificación añadida.*

Parece que lo que el Alto Tribunal está negando es que la responsabilidad concursal sea una condena de aplicación automática en todos los casos, que es el mecanismo propio de los supuestos de responsabilidad objetiva. Por tanto, y esta sería la cuarta clave que la sentencia facilita, la responsabilidad concursal no es una categoría de responsabilidad objetiva de necesaria aplicación en todos los casos de concurso culpable de personas jurídicas en liquidación.

**5.º** No siendo una responsabilidad objetiva, es acertada la opinión del profesor Cerdá expresada en un artículo publicado en *Expansión digital*

del 19 de junio pasado, de que estamos ante una responsabilidad causal. Esta sería la quinta clave.

Esta clave aparece de forma bastante explícita en el pronunciamiento de la citada Sentencia del Supremo de 6 de noviembre de 2011, cuando, tras negar la necesidad de una condena unida a la calificación de concurso culpable, sin más, exige que exista una «justificación añadida». Y si justificar es probar con razones, testigos o documentos, según el diccionario de la RAE, la justificación de la condena a indemnizar en concepto de responsabilidad concursal en caso de concurso culpable no puede ser otra cosa que el esclarecimiento de los motivos concretos que sirven de fundamento a la condena, es decir, su causa. Y para no dejar dudas, en un apartado seguido de dicha sentencia vuelve sobre el tema y matiza 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 (...)». Son, por tanto, estos elementos subjetivos y objetivos de comportamiento concurrentes los que han de servir de fundamento al reproche, que da forma a la condena. Es decir, su causa. Pero, además, valorar el elemento subjetivo implica adentrarse en la conducta y su intencionalidad, es decir, en el ámbito del dolo y la culpa que hayan podido intervenir, aunque sin olvidar ajustar estas conductas a los «*criterios normativos*»; así si para la calificación de un concurso como culpable se ha de valorar un comportamiento, *ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del art. 164 —haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia—, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo, haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado (...)*, para imputar a los afectados se ha de mantener el mismo criterio. Es decir, si por la mera actividad de incurrir en irregularidades contables relevantes el concurso fuera declarado culpable, la condena por responsabilidad concursal a los afectados ha de valorar la participación de cada uno de ellos en la

comisión de dichas irregularidades, pero sin que sea exigible la prueba de la causación o agravamiento de la insolvencia con dicha conducta, por estar ya incluida en el tipo del art. 164.2.1 por el que se ha llegado a la calificación, 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.*

En suma, el Tribunal Supremo considera que no basta que el concurso haya sido calificado culpable para que se pueda exigir la responsabilidad concursal a los afectados y dispone que se valore el comportamiento de los afectados conforme a sus elementos subjetivos y objetivos, lo que induce a un juicio de causalidad, aunque en el marco de los criterios normativos de la calificación del concurso como culpable, que es la quinta clave.

**6.º** En las sentencias examinadas insiste el Tribunal Supremo en hacer referencia al *daño que indirectamente fue causado a los acreedores*. Y aunque en ninguno de los pronunciamientos se explica por qué el modo de producirse el daño se califica como indirecto, parece referirse a que entre el comportamiento de los sujetos afectados (administradores y liquidadores de hecho y de derecho y apoderados generales) y el daño causado a los acreedores por el déficit no existe una relación precisa y directa, como la que se establece entre la concursada y sus acreedores dañados por el déficit. Esta es la diferencia entre la responsabilidad indemnizatoria causal del art. 172.2.3.º y la responsabilidad concursal del 172.bis, también causal; pero mientras que en aquella el nexo de unión entre el comportamiento de los sujetos y el daño causado a los acreedores es preciso y directo, como corresponde en un juicio de causalidad clásico; en esta, sin embargo, el nexo de unión entre esos sujetos y el daño que sufren los acreedores es indirecto, propio de una específica «responsabilidad de masa o frente a la masa», como es la que del art. 172.bis se desprende. Esta sería la última clave que se podría extraer de la doctrina del Tribunal Supremo.